



**ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BOLOGNA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELLE SOCIETÀ' E DEI MERCATI FINANZIARI
IUS/04**

**IL TRATTAMENTO DELLE SOCIETÀ' STRANIERE E
PSEUDO-STRANIERE NEL DIRITTO COMUNITARIO
E NEL DIRITTO INTERNO**

Tesi finale del
Dott. Francesco Dagnino
Università di Bologna

Tutor:
Ch. mo Prof. Luca Enriques
Università di Bologna

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Francesco Cavazzuti
Università di Bologna

Anno accademico 2007-2008

Bologna

**IL TRATTAMENTO DELLE SOCIETÀ STRANIERE E
PSEUDO-STRANIERE NEL DIRITTO COMUNITARIO
E NEL DIRITTO INTERNO**

INDICE

CAPITOLO PRIMO

**IL RICONOSCIMENTO E IL TRATTAMENTO DELLE SOCIETÀ
STRANIERE IN EUROPA E IN ITALIA: L'ORIGINE DEL
DIBATTITO E LE PRIME LEGISLAZIONI**

1. Premessa.
2. L'origine della questione del riconoscimento delle società straniere.
Dalla soluzione negativa adottata dalle Corti belghe alla legge belga del 1855 e alla legge francese del 1857.
3. La disciplina delle società straniere in Italia: mappa della legislazione.
4. La normativa degli Stati sardi divenuta in seguito all'unificazione d'Italia legislazione del Regno d'Italia.
5. Il codice di commercio del 1882: il principio del generale riconoscimento delle società straniere.
6. La disciplina sul riconoscimento delle società straniere nell'impostazione originaria del codice civile del 1942.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ STRANIERE E PSEUDO-STRANIERE NEL DIRITTO ITALIANO

1. I criteri di collegamento in materia societaria: teoria della costituzione vs. teoria della sede reale.
2. La riforma del diritto internazionale privato e l'introduzione di una norma di conflitto espressa in materia di società: l'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218.
3. Ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25.
4. Ambito di applicazione per materia della *lex societatis*.
 - 4.1. Questioni disciplinate dalla legge regolatrice dell'ente.
5. Legge applicabile alle fattispecie estranee all'ordinamento italiano.
6. L'applicazione della legge italiana alle società aventi in Italia la «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa.
 - 6.1. La «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa.
 - 6.2. Disposizioni della legge italiana applicabili alle società straniere.
 - 6.3. Tipologia di norme applicabili alle società straniere aventi la «sede reale» in Italia.
 - 6.4. Modalità di adempimento dell'obbligo di adeguamento al diritto italiano: il verbale di deposito negli atti di un notaio italiano.
 - 6.5. Conseguenze della mancata iscrizione nel registro delle imprese.

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO E I SUOI EFFETTI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO SOCIETARIO

1. Premessa.
2. Il diritto comunitario e la libertà di stabilimento delle società costituite all'estero.
3. Stabilimento a titolo principale e stabilimento a titolo secondario.
4. Armonizzazione.
5. Ambito di applicazione soggettivo della libertà di stabilimento.
6. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento delle società.
 - 6.1. *Commissione c. Francia*.
 - 6.2. *Sergers*.
 - 6.3. *Daily Mail and General Trust Plc*.
 - 6.4. Il caso *Centros*.
 - 6.5. Il caso *Holto*.
 - 6.6. *Überseering BV*.
 - 6.7. *Inspire Art*.
 - 6.8. *SEVIC*.
7. Applicabilità analogica della giurisprudenza *SEVIC* alle scissioni transfrontaliere.
8. La libertà di stabilimento delle società dopo *Centros*.
9. Campo di applicazione della libertà di stabilimento. Le differenze tra la «dottrina *Centros*» e la giurisprudenza *Daily Mail*.
 - 9.1. Immigrazione.
 - 9.2. Emigrazione. Necessità di distinguere fra trasferimento della sede amministrativa e trasferimento della sede registrata.
 - 9.3. Emigrazione mediante trasferimento della sede amministrativa. Ingiustificatezza del diverso trattamento rispetto alle fattispecie di immigrazione.

- 9.4. Emigrazione mediante trasferimento della sede registrata. Abbandono della proposta per una quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede.
- 10. Effetti della «dottrina *Centros*» sul diritto internazionale privato degli Stati membri.
- 11. Possibilità di aggirare il divieto di trasferimento della sede registrata.
 - 11.1. Costituzione di una Società europea (SE).
- 12. Genesi della direttiva sulle fusioni transfrontaliere.
 - 12.1. La disciplina sulle fusioni transfrontaliere. Ambito di applicazione soggettivo.
 - 12.2. La sentenza *SEVIC* e l'estensione del campo di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere a tutte le società che hanno accesso al mercato interno. Il sistema del doppio binario.
 - 12.3. Ambito di applicazione oggettivo.
 - 12.4. Ulteriori condizioni relative all'ambito di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere.
 - 12.5. La legge applicabile alle fusione transfrontaliere.
 - 12.6. Il procedimento uniforme di fusione.
 - 12.7. Inutilità della direttiva dopo la sentenza *SEVIC*?
- 13. Estensione dei principi della libertà di stabilimento alle società non appartenenti all'Unione Europea.
 - 13.1. Estensione della libertà di stabilimento alle società appartenenti a Paesi membri dello Spazio Economico Europeo.
- 14. Effetti della «dottrina *Centros*» sul diritto internazionale privato italiano. L'inapplicabilità alle società comunitarie dell'art. 25, primo comma, ultimo periodo, della legge sul diritto internazionale privato.

15. La riforma del diritto societario e l'interpretazione «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee.
16. Artt. 2507-2509-bis.
17. Estensione dei principi della «dottrina *Centros*» alle società appartenenti Stati extracomunitari che abbiano stipulato con l'Italia accordi per il reciproco riconoscimento degli enti collettivi.

Bibliografia.

CAPITOLO PRIMO

IL RICONOSCIMENTO E IL TRATTAMENTO DELLE SOCIETÀ STRANIERE IN EUROPA E IN ITALIA: L'ORIGINE DEL DIBATTITO E LE PRIME LEGISLAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'origine della questione del riconoscimento delle società straniere. Dalla soluzione negativa adottata dalle Corti belghe alla legge belga del 1855 e alla legge francese del 1857. - 3. La disciplina delle società straniere in Italia: mappa della legislazione. - 4. La normativa degli Stati sardi divenuta in seguito all'unificazione d'Italia legislazione del Regno d'Italia. - 5. Il codice di commercio del 1882: il principio del generale riconoscimento delle società straniere. - 6. La disciplina sul riconoscimento delle società straniere nell'impostazione originaria del codice civile del 1942.

1. Premessa

Il concetto di «estraneità» di una società può essere inteso soltanto rispetto ad un ordinamento giuridico diverso da quello da cui la società deriva la propria esistenza. Sono straniere le società che non sono nazionali.

Per società straniere rispetto ad un determinato ordinamento giuridico possono intendersi, in via di prima approssimazione, quegli enti collettivi che, pur trovandosi ad operare nel suo ambito o venendo in considerazione in quell'ordinamento per qualsiasi altra ragione, non sono ad esso collegati in modo sufficientemente rilevante, e sono quindi da tale punto di vista ad esso estranei¹.

¹ Sul concetto di società straniera v., *multis*, LEANZA, *Società straniera* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 694. Cfr., anche, RAMONDELLI, *Società straniere: requisiti di validità e riconoscimento*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1990, p. 240, ove l'A. rileva come la materia delle società straniere sia stata per lungo tempo oggetto

I criteri di collegamento più diffusi per la determinazione della legge regolatrice delle società sono la teoria della costituzione (nella terminologia anglosassone *incorporation theory*) e la teoria della sede reale².

Secondo la teoria della costituzione, una società resta soggetta alla legge del luogo ove si verificano quegli eventi empirici dall'avverarsi dei quali la stessa legge fa dipendere la costituzione della società. Tale legge coinciderà di regola con quella dello Stato nel cui territorio è situata la sede statutaria della società e in cui devono eseguirsi le formalità per la registrazione dell'ente. Gli ordinamenti che adottano la teoria della costituzione, considerano, perciò, straniere soltanto le società costituite secondo una legge diversa da quella nazionale.

La teoria della sede reale prevede, invece, che una società sia regolata dalle norme proprie dell'ordinamento nella cui giurisdizione l'ente è concretamente amministrato (sede amministrativa) o esercita effettivamente la propria attività di impresa (oggetto principale dell'impresa). Questi ordinamenti considerano straniere, perciò, soltanto le società aventi la sede reale al di fuori del proprio territorio.

Nella realtà i criteri di collegamento in questione vengono spesso temperati da eccezioni che ne modificano, talvolta in modo radicale, il meccanismo di funzionamento. Per esempio, un ordinamento può applicare la teoria della sede reale solo «in entrata» considerando sempre nazionali le società costituite in base alla propria legge finanche nel caso in cui abbiano localizzato la propria sede effettiva all'estero. Inoltre, essendo ogni Stato, in

di attenzione esclusivamente da parte della dottrina internazionalistica e solo assai poco da parte di quella commercialistica. In senso analogo, v. CAGNASSO, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Walter Bigiavi, Torino, 1965, p. 355.

² Sui rapporti fra teoria della costituzione e teoria della sede reale v. più diffusamente, *infra*, cap. II, par. 1.

linea di principio, sovrano in materia di diritto internazionale privato ben può accadere che più Stati considerano una medesima società sottoposta integralmente alla propria legge (conflitti positivi di nazionalità), o che una stessa società sia considerata sottoposta da uno Stato alla legge di un altro e viceversa creando in questo modo gravi problemi di continuità giuridica della società (conflitti negativi di nazionalità).

Nell'ambito della categoria delle società straniere è possibile distinguere ulteriormente tra società straniere vere e proprie e società c.d. pseudo-straniere (*pseudo-foreign corporations*). Queste ultime sono quelle società che, benché costituite nell'ambito di un determinato ordinamento, esercitano la loro attività esclusivamente o quasi esclusivamente in un altro ordinamento (si pensi, per esempio, ad una società costituita nel Regno Unito che esercita la propria attività interamente o quasi interamente in Italia), di modo che nella prospettiva dell'ordinamento in cui svolgono la propria attività esse si presentano come straniere soltanto dal punto di vista della legge di costituzione. Con riguardo a queste società il collegamento con l'ordinamento di stabilimento è talmente forte che per esse si pone il problema se debbano essere considerate o meno da un punto di vista sostanziale come società nazionali. Vale la pena di osservare che l'espressione «società pseudo-straniera», sebbene efficace nel suo significato, potrebbe considerarsi terminologicamente impropria. Infatti, una società può essere soltanto nazionale o straniera. La qualificazione di società «pseudo-straniera», a ben vedere, serve soltanto a giustificare l'applicazione della disciplina nazionale ad una società che diversamente dovrebbe essere considerata straniera.

Ai fini della qualificazione di una società come straniera appare, dunque, essenziale l'esistenza di una relazione di «estranità» rispetto

all'ordinamento che le prende in considerazione. E proprio la presenza di una relazione di estraneità fa sorgere rilevanti questioni di carattere internazionalprivatistico e societario relative al riconoscimento e alla condizione giuridica delle società straniere.

Infatti, in primo luogo è necessario verificare se l'ordinamento che prende in considerazione un fenomeno societario straniero attribuisca o meno rilevanza allo stesso. Per far ciò occorre risolvere il problema dell'individuazione del diritto materiale applicabile all'ente societario straniero, ossia del diritto che ne regoli l'esistenza, la struttura ed il funzionamento, attraverso una presa di posizione in ordine ai criteri di collegamento a tale fine utilizzabili. Tali questioni vengono sintetizzate nell'espressione «riconoscimento delle società straniere».

Le problematiche relative al riconoscimento della società nell'ordinamento con cui essa viene in contatto non esauriscono però il tema delle società straniere. Occorre altresì considerare l'altra questione logicamente successiva e relativa alla determinazione delle condizioni alle quali le società straniere, una volta riconosciute esistenti in un ordinamento diverso da quello di originaria appartenenza, sono soggette per svolgere la loro attività in un altro Stato.

Può, dunque, osservarsi come il problema del riconoscimento delle società straniere ricomprenda in realtà due ordini di questioni concettualmente ben distinte anche se fra loro collegate: l'una di carattere internazionalprivatistico, l'altra riconducibile al trattamento degli stranieri. Sotto il primo profilo si tratta di risolvere il tradizionale problema di diritto internazionale privato consistente nel dar riconoscimento in un dato ordinamento a situazioni giuridiche poste in essere in un altro ordinamento. E tale risultato potrà essere raggiunto mediante l'utilizzo dello strumento

tecnico delle norme di collegamento la cui funzione è quella di rendere applicabile in un dato ordinamento un sistema giuridico straniero. Il riconoscimento delle società straniere attiene in altre parole alla problematica di diritto internazionale privato relativa alla c.d. individuazione della *lex societatis*, o come si soleva dire con espressione oggi considerata un po' arcaica, dello "statuto personale" della società³. Sotto il secondo profilo, invece, si tratta di determinare il trattamento che concretamente ciascun ordinamento giuridico riserva alle società ad esso estranee.

Appare allora evidente come il problema di diritto internazionale privato relativo al riconoscimento assuma una posizione logica prioritaria rispetto a quello del trattamento dello straniero. Infatti, in primo luogo occorre verificare se una società esista nell'ordinamento di appartenenza per poterle dare «riconoscimento» (nel senso sopra chiarito) nel diverso ordinamento in cui intenda operare. Soltanto quando la risposta al primo quesito sia positiva potrà allora porsi il problema di determinare le condizioni e i limiti ai quali la società deve sottostare quando opera al di fuori dell'ordinamento di appartenenza⁴.

³ Cfr. SANTA MARIA, *Società, diritto internazionale privato e processuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 884. Sulla concezione del diritto internazionale privato delle società come ricerca ed individuazione di una *lex societatis* alla quale dovrebbero essere soggette (almeno tendenzialmente) tutte le questioni riguardanti società che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro V. ANGELICI, *Società costituite o operanti all'estero* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1989, p. 1; LUZZATTO, *Persona giuridica, diritto internazionale privato* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1983, pp. 280 ss; EBENROTH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VII, München, 1990, p. 459 ss.

⁴ In questo senso, *multis*, SANTA MARIA, (nt. 2)., p. 884; LEANZA, (nt. 1), p. 695. In termini più generali sulla distinzione tra diritto internazionale privato e trattamento degli stranieri, V. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1967, pp. 32 ss.

2. *L'origine della questione del riconoscimento delle società straniere. Dalla soluzione negativa adottata dalle Corti belghe alla legge belga del 1855 e alla legge francese del 1857.*

La problematica odierna di diritto internazionale privato delle società si fonda, senza considerare per adesso la problematica delle società formalmente straniere, su un principio generale, espresso o tacito, di riconoscimento⁵. A ben vedere, tuttavia, tale principio di riconoscimento costituisce una conquista relativamente recente della scienza del diritto. Con particolare riferimento all'ordinamento italiano esso si fa in genere risalire alla disciplina del codice di commercio del 1882⁶.

Anteriormente alla disciplina del codice di commercio le questioni relative alle società straniere ruotavano intorno all'esistenza o meno per le società commerciali di una personalità giuridica internazionale ed in particolare intorno alla possibilità di estendere alle persone giuridiche il principio di extraterritorialità ritenuto generalmente applicabile, anche per diritto consuetudinario generale, alle persone fisiche⁷. Orbene, mentre alcuni studiosi negavano la possibilità di attribuire agli enti societari una vita giuridica oltre i confini dell'ordinamento che li ha creati⁸, altri si

⁵ V., *multis*, SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, pp. 12 ss.; LEANZA, *op. cit.*, pp. 695 ss.; GIARDINA, *Le società costituite all'estero*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1990, p. 227.

⁶ V., SANTA MARIA, (nt. 4), 13.

⁷ Non appare, infatti, dubbia l'esistenza di una norma generale di diritto internazionale che obbliga gli Stati a riconoscere capacità giuridica agli individui stranieri ferma restando, poi, una certa discrezionalità dello Stato nella modulazione dell'ampiezza e delle condizioni per tale riconoscimento. Ripugnerebbe, infatti, alla coscienza moderna che in uno Stato civile gli stranieri possano essere trattati come esseri destituiti di diritti. Un analogo obbligo giuridico non sembra, invece, sussistere con riguardo al riconoscimento degli enti collettivi stranieri rimanendo in linea di principio ogni Stato libero di accordare o meno tale riconoscimento secondo le modalità ritenute più opportune.

⁸ Fra i sostenitori di questa tesi v., *multis*, LAURENT, *Principes de droit civil* t. I, p. 405, che è considerato il pioniere della teoria della persona giuridica come pura «creazione della legge». Cfr., inoltre, FEDOZZI, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, Venezia, 1897, p. 160;

pronunciavano in senso opposto rivendicando l'esistenza di un parallelismo fra i corpi morali e le persone fisiche tale da poter giustificare l'estensione ai primi di uno statuto personale extraterritoriale⁹. Il ragionamento fatto dai sostenitori della prima tesi partiva dalla considerazione che essendo le persone giuridiche, a differenza delle persone fisiche, una mera creazione del diritto statale (*fictiones iuris*) esse non avrebbero vita propria ma l'acquisterebbero soltanto per mezzo del formale riconoscimento effettuato dall'autorità statale nei modi previsti dalla legge. E poiché la legge non potrebbe estendere la propria autorità ed efficacia oltre i limiti del territorio di propria sovranità se ne deduce che le persone giuridiche non potrebbero avere alcun diritto all'estero, perché esse non hanno alcuna esistenza legale¹⁰. Di conseguenza una società che avesse voluto operare stabilmente

CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, Padova, 1936, pp. 140 ss; FIORE, *Diritto internazionale privato*, vol. IV, Torino, 1903, pp. 169 ss.; LOUSSOUARN, *La condition des personnes morales en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1959, I, pp. 447 ss.; CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. II, Torino, 1885, pp. 280 ss.; BIANCHI, *Corso di diritto civile. Delle persone*, 1886, n. 4, p. 4; PACCHIONI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Padova, 1930, pp. 292 ss; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Firenze, 1899, p. 449; WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, Parigi, 1886, p. 436. Nella giurisprudenza v., ad es., App. Genova 20 settembre 1882.

⁹ Per quest'ultimo punto di vista v., fra gli altri, DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, Firenze, 1900, p. 238, secondo cui i «corpi morali stranieri vanno attualmente considerati non come un prodotto artificiale, ma come un prodotto naturale di un avanzato stadio di civiltà, cosicché il loro riconoscimento internazionale rappresenta ormai una necessità per tutti i paesi che vivono nella società degli Stati»; LO MONACO, *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana*, in *Il Filangieri*, 1885, parte I; GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, p. 157; LYON-CAEN, *Conflicts de lois relatives aux sociétés per actions. Rapport de l'institut de droit international*, Bruxelles, 1928, p. 883.

¹⁰ Il punto è espresso magistralmente dal Mancini nella Relazione al codice di commercio (in *Il codice di commercio del Regno d'Italia* a cura di Galdi, vol. I, pp. 458 ss.) della quale conviene riportare il seguente passaggio: «Prima di esaminare da qual legge debbano essere regolati i diritti che le persone morali reclamano, bisogna provare che esse hanno veramente la possibilità di esercitare diritti fuori del proprio paese. Ma per esercitare i diritti è necessario esistere. Ora le persone fisiche esistono indipendentemente dalla legge che regola il loro stato e la loro capacità, e perciò godono all'estero dei diritti naturali, e presso di noi anche di tutti i diritti civili, mentre invece le persone morali non esistono realmente e naturalmente, esse debbono la loro vita ad una finzione e ad un atto di volontà dell'autorità politica, cui piace crearla e costituirla mercé l'opera della legge per uno scopo di pubblica utilità, giudicata col criterio dell'interesse regionale, e perciò non hanno esistenza e non possono avere diritto fuorché nei limiti del territorio sul quale si estende la sovranità

all'estero, avrebbe dovuto ricostituirsi secondo le regole proprie di quel paese. Secondo tale orientamento la personificazione sarebbe, dunque, un concetto che muore alla frontiera.

I fautori della tesi del necessario parallelismo di disciplina tra persone fisiche e persone giuridiche ritenevano, invece, che il pretendere di modificare la capacità delle persone giuridiche secondo le leggi dei vari paesi in cui esse avessero ad acquistare diritti o contrarre obbligazioni avrebbe significato andare incontro agli stessi pregiudizi che si era voluto evitare non applicando tale principio alle persone fisiche.

Al di là del dibattito teorico, è importante rilevare che l'adesione all'una o all'altra tesi aveva, come fu lucidamente osservato¹¹, radici in ragioni non soltanto di ordine giuridico ma altresì di carattere politico ed economico relative alla salvaguardia degli interessi nazionali, della sicurezza e della politica commerciale del proprio paese. Infatti, sebbene fosse evidente che il non riconoscimento delle società straniere avrebbe potuto pregiudicare lo sviluppo del commercio internazionale e l'importazione di capitali stranieri, incidendo negativamente sull'intero sistema economico di un Paese, era, tuttavia, maggiore il timore che l'ingresso delle società straniere avrebbe potuto dar vita, da un lato a rilevanti centri di potere fuori dal controllo dell'autorità politica e dall'altro all'ingresso di strutture di governo societario eccessivamente «rilassate» che non avrebbero garantito in

che loro attribui una vita artificiale e della quale è organo la legge da cui furono create. Sarebbe assurdo che il legislatore pretendesse conferire ad una società nazionale un'esistenza universale. Anche volendolo non lo potrebbe, imperocché la sua autorità non si estende per tutto il genere umano, ma si restringe alla nazione che egli rappresenta. Come conseguenza immediata di tutto ciò deriva che se una persona morale voglia esercitare qualche diritto all'estero, avrà bisogno della ricognizione dello Stato nel quale essa intende operare come persona giuridica».

¹¹ V., CAVAGLIERI, (nt. 7), p. 142.

maniera adeguata gli interessi dei soggetti che con tali società fossero entrati in contatto¹².

L'origine del dibattito sul riconoscimento delle società straniere si fa generalmente risalire alla decisione del Tribunale di Namur del 1846 nel caso *Société La France c. Tongre – Hambursin*¹³. La questione traeva origine dalla causa instaurata in Belgio da *Société La France*, società di diritto francese, per far valere il proprio diritto al pagamento di certi crediti nei confronti di *Tongre – Hambursin*, società belga. Ebbene, il Tribunale di Namur rigettò la domanda di *Société La France* in base all'argomento che, essendo quest'ultima priva dell'autorizzazione governativa ad operare in Belgio in conformità a quanto allora previsto dall'art. 37 del *code de commerce*, essa avrebbe dovuto considerarsi inesistente in base alla legge belga e dunque non legittimata a stare in giudizio in quel Paese.

Della questione veniva successivamente investita la Cassazione che, difformandosi dalla requisitoria del Procuratore generale Leclercq, riformò la decisione del Tribunale¹⁴. La decisione della *Cour de Cassation* si fondava su una argomentazione di carattere giuridico e su una di politica del diritto. In primo luogo, secondo la Suprema Corte belga, l'art. 3 del *code civil*, a norma del quale lo stato e la capacità delle persone erano soggetti alla loro legge nazionale, avrebbe dovuto applicarsi estensivamente anche nei confronti delle persone giuridiche. In secondo luogo, rilevava la Corte, il non riconoscimento delle persone giuridiche straniere al di fuori dello Stato di

¹² Cfr., VIVANTE, *Le società estere*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, pp. 127 ss., il quale, con riferimento alle società estere che intendono esercitare la propria attività in Italia così si esprimeva: «se queste società continuano ad essere regolate dalle leggi straniere, ben disgraziata diviene la posizione degli azionisti italiani, poiché nessun diritto di regola concedono le leggi straniere alle minoranze...la loro difesa dipende dal beneplacito delle maggioranze straniere, che sono per lo più alla mercé di amministratori stranieri».

¹³ Cfr., SANTA MARIA, (nt. 4), pp. 17 ss.; DIENA, (nt. 8), pp. 246 ss.; GIARDINA, *op. ult. cit.*, p. 226.

¹⁴ Il testo della sentenza è prelevabile in *Pasicrisie belge*, 1847, I, pp. 392 ss.

costituzione avrebbe arrecato gravi pregiudizi al commercio internazionale ed era quindi da scongiurare.

La sentenza *Société La France c. Tongre Hambursin* dovette, comunque, la sua fama non tanto alla motivazione della Corte quanto piuttosto alle argomentazioni della requisitoria del Procuratore Leclercq presso la Corte di Cassazione belga contraria al riconoscimento extraterritoriale delle società straniere. Tali argomentazioni segnarono, infatti, l'avvio di un ampio dibattito internazionale relativo alla legittimità e all'opportunità del riconoscimento delle società al di fuori dell'ordinamento nel quale sono state create. Leclercq propose diversi argomenti a favore della tesi della persona giuridica come entità che, a differenza della persona fisica, deve la sua esistenza ad un atto d'imperio dell'ordinamento che la ha creata. A suo modo di vedere, mentre la persona fisica costituisce un dato pregiuridico che l'ordinamento si limita a constatare, la persona giuridica deve la sua stessa esistenza alla legge che la crea e ciò impone come *condicio sine qua non* per la sua esistenza, il riconoscimento da parte dell'autorità. Di conseguenza ogni parallelismo di disciplina resta precluso¹⁵. Ciò trovava, tra l'altro, riscontro nel codice napoleonico il cui art. 3 distingueva tra società in nome collettivo e in accomandita semplice da un lato e società per azioni dall'altro. Mentre le prime, essendo prive della personalità giuridica, venivano equiparate alle persone fisiche ai fini dell'applicazione del principio secondo cui lo stato e la capacità delle persone sono regolate dalla legge nazionale, le seconde, invece, abbisognavano di un atto formale di riconoscimento costituendo esse entità dotate di una propria autonomia soggettiva e dunque distinte dalle persone dei soci.

¹⁵ Per un'analisi più dettagliata delle argomentazioni del Procuratore Leclercq v., SANTA MARIA, *op. cit.*, pp. 17 ss.; POULLET, *La condition des personnes morales étrangères d'après la jurisprudence belge*, in *Clunet* 1904, pp. 820 ss.

L'opinione del Procuratore Leclercq veniva recepita due anni dopo dalle sezioni unite della Cassazione belga nella sentenza *La Compagnie d'Assurances Générales de Paris c. Ruelens*, dove la Corte negava la possibilità per una società francese priva dell'autorizzazione del governo belga di stare in giudizio in Belgio¹⁶.

Può essere interessante notare come il medesimo principio di non riconoscimento era stato già affermato dieci anni prima dalla Suprema Corte degli Stati Uniti d'America nella decisione relativa al caso *Bank of Augusta c. Earle*¹⁷.

La decisione della Corte di Cassazione belga provocò la ritorsione dei Tribunali francesi che cominciarono ad applicare i medesimi principi stabiliti dalle Corti belghe prima alle sole società belghe, e successivamente a tutte le società straniere¹⁸.

Non è difficile immaginare come la rigida applicazione del principio del non riconoscimento avesse gravemente pregiudicato le relazioni commerciali tra i due Paesi tanto da rendere necessario l'avvio di alcuni negoziati diplomatici per la risoluzione della questione. Tali negoziati portarono alla stipulazione di un accordo in conformità del quale sia il Belgio che la Francia emanarono delle leggi che attribuivano il godimento dei diritti civili alle società costituite nell'altro Stato contraente a condizione

¹⁶ V., Cour de Cassation 8 febbraio 1849, in *Pasicrisie belge*, 1849, I, pp. 221 ss., ove la Corte afferma che «*la société anonyme, telle qu'elle existe en France ... est une érection de pur droit civil, un être fictif inconnu dans le droit des gens ... qu'un tel être créé exclusivement par une loi étrangère, et n'existant que par elle, expire nécessairement là où finit l'empire de cette loi*». Tale decisione veniva confermata dalla stessa Cassazione nella decisione del 30 gennaio 1851 relativa al caso *Tonnell c. Société d'Assurance La France*, in *Pasicrisie belge*, 1851, I, pp. 307 ss.

¹⁷ V. 38 US (13 Pet.) 519, 1839, pp. 588 ss. Nella decisione in questione la Suprema Corte afferma che «*a corporation can have no legal existence out of the boundaries of the sovereignty by which it is created. It exists only in the contemplation of law; and where that law ceases to operate, and is no longer obligatory, the corporation, can have no existence*».

¹⁸ V. SANTA MARIA (nt. 4), p. 22.

che esse fossero state regolarmente autorizzate dai rispettivi Governi¹⁹. Così, in Belgio fu emanata la legge del 14 marzo 1855, che ammise a condizione di reciprocità le società francesi sottoposte all'autorizzazione governativa del proprio Stato a stare in giudizio in Belgio, e in Francia contenuto analogo ebbe la legge del 30 maggio 1857²⁰.

Devesi rilevare che la legge francese attribuì al Governo la facoltà di concedere con decreto i medesimi privilegi riconosciuti alle società belghe anche alle società appartenenti ad ogni altro Stato²¹, e di tale facoltà il Governo si servì ampiamente²². La Francia stipulò, inoltre, numerosi Trattati bilaterali aventi ad oggetto il riconoscimento delle società commerciali²³. Di conseguenza, numerosi Stati ottennero il pieno riconoscimento delle proprie società in Francia. Per quanto riguarda l'Italia ciò avvenne con il decreto dell'8 settembre 1860 emanato per gli Stati sardi che, come si dirà nel prossimo paragrafo, precedette la legge degli Stati sardi del 1860 per il riconoscimento delle società francesi²⁴.

¹⁹ Sul punto v., SANTA MARIA (nt. 4), p. 23; DIENA (nt. 8), p. 247; GIARDINA (nt. 4), p. 226.

²⁰ Si riporta il testo dell'art. 1 della legge francese che, come si vedrà, venne successivamente «trapiantato» in numerosi ordinamenti. «*Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles et financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire*». Per ulteriori approfondimenti sulla legge francese del 1857 e sulla legge belga del 1855 cfr., multis, BUCHÉRE, *Des actions judiciaires exercées en France par les sociétés anonymes étrangères*, in *Journal de droit international privé*, 1882, pp. 37 ss.; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, Paris, 1904, pp. 123 ss.; NAMUR, *De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique*, in *Journal de droit international privé*, 1877, pp. 381 ss. GAETANO, *Società estere* (voce), in *Il digesto italiano*, vol. XXI, parte III, Torino 1903-1906, pp. 545 ss.

²¹ L'art. 2 della legge del 30 maggio 1857 così disponeva: «*Un décret impérial rendu en conseil d'Etat, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'art. 1*».

²² Per un'elencazione dei decreti emanati dal Governo francese in base all'art. 2 della legge del 1857 v. WEISS, *Traité théorique et pratique*, vol. II, p. 427.

²³ La Cassazione francese riconobbe che l'esistenza di un Trattato avrebbe potuto esplicitare i medesimi effetti del riconoscimento per decreto. V., al riguardo, la decisione della *Cour de Cassation* del 9 maggio 1863, in *Survey*, 1863, I, 355.

²⁴ Cfr., anche, DIENA (nt. 8), p. 247, il quale ricorda lo scambio della dichiarazione del 16 marzo 1887 fra Italia e Francia per ammettere le società commerciali dei rispettivi Paesi a rivendicare i propri diritti di proprietà industriale in conformità alla convenzione del 20 marzo 1883, producendo semplicemente un certificato dell'autorità competente del paese nel quale avevano la loro sede.

Ciò che importa rilevare è, comunque, che il compromesso franco-belga sul riconoscimento delle società straniere ebbe notevoli conseguenze che superarono abbondantemente i confini di tali ordinamenti tanto che misure di riconoscimento collettivo si andarono moltiplicando in quasi tutti gli Stati i quali o per mezzo di speciali dichiarazioni diplomatiche o mediante articoli inseriti nei trattati di commercio e navigazione ovvero più spesso nelle convenzioni consolari assicuravano alle proprie società commerciali il libero esercizio dei loro diritti all'estero²⁵.

²⁵ V., GIARDINA (nt. 4), p. 226.

3. *La disciplina delle società straniere in Italia: mappa della legislazione.*

L'attuale legislazione italiana sulle società straniere è il frutto di una serie di interventi che hanno interessato la materia in esame a partire dalla metà del diciannovesimo secolo.

Prima di esaminare singolarmente tali interventi sembra opportuno, data la complessità della materia, fornire un breve quadro del succedersi degli stessi.

a) La prima legislazione italiana sulle società straniere si fa generalmente risalire alla legge sarda del 30 giugno 1853 (divenuta poi diritto positivo del Regno d'Italia) che condizionava la possibilità per le società straniere di compiere operazioni o di stare in giudizio in Italia all'ottenimento di una autorizzazione governativa mediante l'approvazione dei loro statuti che dovevano, a tal fine, essere redatti in conformità al diritto italiano²⁶;

b) La legge del 1853 vide ridotto il suo campo di applicazione in seguito all'approvazione della legge 27 ottobre 1860 che operò il riconoscimento collettivo delle società francesi in risposta ad analogo provvedimento delle autorità di quel Paese. La legge del 1860 sostituì al regime dell'autorizzazione governativa il più liberale sistema del decreto di abilitazione per la concessione del quale era sufficiente la constatazione della mera autorizzazione ottenuta nel Paese di origine. Il medesimo trattamento di favore fu successivamente accordato a numerosi altri Paesi²⁷;

c) Il sistema introdotto dalle leggi del 1853 e del 1860 restò in vigore fino all'approvazione del codice di commercio del 1882 che dettò una disciplina organica in materia di società straniere (artt. 230-232 cod. comm.) e introdusse per la prima volta nel nostro ordinamento un generale principio

²⁶ V., *infra*, § 4.

²⁷ V., *infra*, § 4.

di riconoscimento delle società straniere che diventerà punto fermo di ogni successiva legislazione in materia²⁸;

d) La disciplina del codice di commercio del 1882 restò in vita per sessant'anni fino all'introduzione del codice civile del 1942 che, come è noto, abrogò, in buona parte, unificandole a sé, tutte le disposizioni del primo. La materia delle società straniere confluì nel capo IX, titolo IV del libro V cod. civ., dove furono inseriti gli artt. 2505-2510, dedicati, appunto, alle «società costituite all'estero od operanti all'estero» e contenenti norme che ricalcavano, e non soltanto nella formulazione, gli artt. 230-232 cod. comm. In tali disposizioni si incontravano sia (secondo alcuni) norme di conflitto (artt. 2505 e 2509)²⁹ sia previsioni relative al trattamento delle società straniere aventi nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile che erano prevalentemente incentrate sull'imposizione di alcuni obblighi di pubblicità a tutela di coloro che sul territorio italiano si fossero trovati a intrattenere relazioni commerciali con tali società (artt. 2506-2508). Vi era, infine, una disposizione di carattere eccezionale che faceva salva la possibilità di una disciplina speciale nei confronti delle società nelle quali fossero «rappresentati interessi stranieri» (art. 2510).

Il codice civile del 1942 introdusse altresì alcune disposizioni dirette a tutelare la posizione dei soci di minoranza in caso di delibera di trasferimento della sede sociale all'estero. Il riferimento è all'art. 2437, primo comma, che attribuisce il diritto di recesso ai soci che non abbiano concorso

²⁸ V., *infra*, § 5.

²⁹ Coloro i quali non ritenevano di poter individuare una norma di conflitto negli artt. 2505 e 2509 c.c. ricercavano tale norma nelle disposizioni delle «preleggi» che, prima della riforma del diritto internazionale privato del 1995, contenevano, come è noto, la disciplina del diritto internazionale privato italiano. Il riferimento era, in particolare, all'art. 16, secondo comma, relativo al «trattamento dello straniero», all'art. 17 che si occupava della «legge regolatrice dello stato e capacità delle persone» e all'art. 25 in materia di legge applicabile alle obbligazioni. Sul punto v., *infra*, § 6.

alla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero e all'art. 2369, quinto comma, che, per la delibera in questione, imponeva la maggioranza rafforzata di più della metà del capitale sociale anche in seconda convocazione (che è stata poi ridotta a più di un terzo del capitale sociale dalla riforma delle società di capitali del 2003).

Bisogna, infine, ricordare un complesso di norme attinenti agli obblighi pubblicitari che deve osservare l'imprenditore commerciale residente quando istituisce una sede secondaria all'estero. Il riferimento è alle norme del codice civile (nella sua attuale formulazione) contenute negli artt. 2197, 2295, 2299, 2328, 2428 e 2463.

e) Il sistema originariamente delineato dal codice del 1942 ha poi subito numerosi interventi sia indirettamente da parte del legislatore comunitario e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sia direttamente ad opera del legislatore interno. Questi ultimi, in particolare, erano indirizzati, da un lato ad adeguare la normativa interna al diritto comunitario, e dall'altro a porre fine allo stato di incertezza intorno al problema della legge regolatrice delle società³⁰.

Per quanto riguarda gli interventi del legislatore interno bisogna ricordare:

- l'obbligo di deposito dell'atto costitutivo e dello statuto negli atti di un notaio richiesto dal combinato disposto dell'art. unico, secondo comma, della legge 13 marzo 1980, n. 73³¹ e dell'art. 106 n. 4 della legge notarile, ai fini della successiva iscrizione della società presso il Registro delle imprese;

³⁰ Sull'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'individuazione della legge regolatrice delle società che si è sviluppato durante la vigenza del sistema introdotto dal codice civile del 1942 v., *infra*, § 6.

³¹ Come sostituito dall'art. 6 d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, recante attuazione della direttiva 89/666/CEE del 21 dicembre 1989 relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da alcuni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato.

- il d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516, con il quale fu recepita in Italia l'Undicesima Direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 marzo 1989 (di seguito: undicesima direttiva), relativa alla «pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato». Con tale legge il legislatore, in adempimento degli obblighi comunitari, modificò la formulazione dell'art. 2506, primo comma, e introdusse due nuovi commi (il secondo e il quarto) rispettivamente in tema di difformità tra pubblicità relativa alla sede secondaria e pubblicità effettuata nello Stato ove è situata la sede principale e di indicazioni da inserire negli atti e nella corrispondenza. Con il d.lgs. 516/1992 il legislatore colse, inoltre, l'occasione per apportare alcune modifiche alla disciplina sanzionatoria (artt. 2626 ss., vecchia numerazione) e per introdurre due nuove disposizioni di attuazione relative alle modalità di adempimento degli obblighi di pubblicità (art. 101-*ter* e *quater*);
- l'intervento più importante nella materia in esame si ebbe, tuttavia, nel 1995 con l'approvazione della legge 31 marzo 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato³². L'art. 25 della legge in questione – che costituisce l'unica norma di cui si compone il Capo III del Titolo III, intitolato alle «persone giuridiche» - ha, infatti, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento un'espressa norma di conflitto bilaterale avente ad oggetto le società e gli altri enti collettivi³³. Tale norma è imperniata sul criterio di collegamento del luogo di costituzione della società, con il correttivo, tuttavia, dell'applicazione della legge italiana qualora «la sede dell'amministrazione si trova in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

³² Per l'analisi della disciplina introdotta dall'art. 25 si rinvia al proseguo del lavoro.

³³ L'art. 73 della legge 218/1995 ha di conseguenza abrogato gli artt. 2505 e 2509 c.c.

La legge 218 del 1995 ha introdotto, inoltre, all'ultimo comma dell'art. 25, una disposizione in materia di trasferimenti della sede statutaria e di fusioni transfrontaliere e ha previsto che tali operazioni per essere valide debbano essere espressamente previste e ammesse dalla legge dello Stato straniero (di arrivo o di partenza) e realizzate conformemente sia alla legge straniera che a quella italiana;

- qualche mese dopo l'art. 7, secondo comma, del d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, recante il regolamento di attuazione del registro delle imprese ai sensi dell'art. 8, l. 29 dicembre 1993, n. 580, fece obbligo di iscrizione in detto registro, tra le altre, alle società soggette alla legge italiana per via dell'art. 25 l. 218/1995, da ciò evincendosi che l'ordinamento italiano continua a considerare straniere le società cui pretende di applicare la propria legge al verificarsi di una delle ricordate cause di connessione con il territorio italiano;
- un ulteriore intervento si ebbe ad opera dell'art. 33, legge 24 novembre 2000, n. 340, che soppresse l'obbligo di depositare nel registro delle imprese le firme autografe delle persone munite dei poteri di rappresentanza stabile della sede secondaria italiana;
- un ultimo mini-intervento sulla disciplina delle società straniere si è avuto, a sorpresa, con la riforma delle società di capitali del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6)³⁴. La riforma, infatti, ha: *a*) modificato la numerazione degli artt. 2506, 2507 e 2508 che sono confluiti rispettivamente negli artt. 2508, 2509 e 2509-*bis*; *b*) cancellato dall'intestazione del capo XI³⁵, oggi intitolato alle «società costituite all'estero», le parole «od operanti all'estero»

³⁴ La legge delega (legge 3 ottobre 2001, n. 366) non conteneva, infatti, alcun riferimento alla disciplina delle società estere e analogo silenzio sul punto si riscontra anche nella relazione illustrativa del decreto delegato che omette qualsiasi riferimento al capo XI.

³⁵ Capo IX nella collocazione precedente.

che mal si conciliavano con il contenuto delle norme in esso contenute a seguito dell'introduzione dell'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato³⁶; c) introdotto all'art. 2507 una nuova disposizione, che attenta ai rapporti tra la disciplina del capo XI e il diritto comunitario, stabilisce che «l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni» in esso contenute debba avvenire «in base ai principi delle Comunità Europee». Come si vedrà meglio in seguito, la portata innovativa di quest'ultima disposizione «appare quanto meno dubbia» in quanto la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno è un effetto già presente e pienamente operante nel nostro ordinamento che non abbisogna di alcun recepimento da parte del legislatore interno.

La riforma, invece, nella misura in cui è intervenuta sul contenuto degli obblighi di pubblicità degli atti sociali da parte delle società italiane ha inciso in modo indiretto sul significato dell'art. 2508 che estende i medesimi obblighi di pubblicità alle sedi secondarie di società estere³⁷.

Bisogna, infine, ricordare l'intervento della riforma delle società di capitali sull'art. 2369, quinto comma, che, con riferimento alla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero, ha da un lato ridotto il *quorum* necessario in seconda deliberazione (da più della metà a più di un terzo del capitale sociale) e dall'altro ha soppresso l'obbligo della maggioranza rafforzata anche in seconda convocazione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio³⁸.

Per quanto riguarda gli interventi del diritto comunitario bisogna ricordare:

³⁶ V. ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. .

³⁷ Sugli effetti della riforma delle società di capitali del 2003 sulla disciplina delle società straniere v., *infra*, cap. ____ § ____.

³⁸ Mentre ha mantenuto la regola in questione per le società chiuse.

- gli artt. 43 (*ex* 52), 48 (*ex* 58) e 46 (*ex* 56) del Trattato di Roma del 25 marzo 1957 (di seguito: TCE). L'art. 48, infatti, estende la libertà di stabilimento (primaria e secondaria), già riconosciuta ai cittadini degli Stati membri dall'art. 43, alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi «la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità». Mentre l'art. 46, primo comma, stabilisce che restrizioni alla libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato possono essere introdotte soltanto se «giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica». Come si vedrà dettagliatamente nel proseguo, la Corte del Lussemburgo, mutando un proprio precedente indirizzo interpretativo intorno alle disposizioni in questione³⁹, ha stabilito che queste ultime vanno intese nel senso che gli Stati membri devono non soltanto consentire il libero stabilimento nel loro territorio delle società UE ma devono altresì assicurare alle stesse un trattamento non discriminatorio rispetto alle società domestiche anche quando non esercitino alcuna attività nel paese di costituzione (società pseudo-straniere). Di conseguenza le norme di conflitto nazionali che, in virtù dell'applicazione del criterio della sede reale o in conseguenza della previsione di norme contro le società pseudo-straniere (come quelle italiane), prevedano un trattamento sfavorevole per le società UE devono considerarsi in contrasto con la libertà di stabilimento garantita dal TCE, salvo che nel caso concreto tale trattamento sfavorevole non appaia giustificato alla luce dell'art. 46⁴⁰. Questa interpretazione inciderà

³⁹ Il riferimento è alla giurisprudenza *Daily Mail* (27 settembre 1988, causa 81/87, in *Raccolta*, pp. 5483 ss.)

⁴⁰ V. la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativa ai casi «Centros» (9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Raccolta*, 1999, pp. I-1459 ss.), «Überseering» (5 novembre 2002, causa C-208/00, in *Notariato*, 2003, pp. 347 ss.), «Inspire Art» (30 settembre 2003, causa C-167/01, in *Foro it.*, 2004, pp. 24 ss.) e «Sevic» (13 dicembre 2005, causa C-411/03, in *Raccolta*, pp. 58 ss.).

notevolmente sull'applicabilità dell'ultimo alinea dell'art. 25, primo comma, alle società UE⁴¹;

- un successivo intervento da parte del legislatore comunitario si ebbe con l'approvazione della Convenzione sul reciproco riconoscimento delle persone giuridiche firmata a Bruxelles il 29 febbraio 1968 dagli allora sei Paesi membri della Comunità Economica Europea. La Convenzione, ratificata dall'Italia con la legge 23 maggio 1971, n. 220, non è, tuttavia, mai entrata in vigore a causa della mancata ratifica da parte dell'Olanda ed è stata ormai definitivamente abbandonata dagli Stati firmatari⁴²;
- nel 2000 si ebbe un ulteriore intervento comunitario sulla materia delle società estere con l'approvazione del regolamento CE 1346/2000 del 29 maggio 2000, sull'apertura di procedure di insolvenza nei confronti di società estere, entrato in vigore il 31 maggio 2002. Tale regolamento riserva la competenza internazionale per l'apertura di procedure concorsuali «ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro principale degli interessi del debitore», aggiungendo che «per le società e le persone giuridiche si presume che il centro di interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria»;
- un ultimo intervento del legislatore comunitario nella materia in esame si è avuto, infine, con l'approvazione della direttiva 2005/56/CE del

Sulle decisioni della Corte di giustizia appena richiamate e sugli effetti delle stesse sul diritto italiano si rinvia al proseguo del lavoro.

⁴¹ I medesimi principi dovranno, inoltre, applicarsi alle società costituite secondo il diritto di uno Stato aderente allo Spazio Economico Europeo (di cui oggi fanno parte l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia) poiché quest'ultimo estende la libertà di stabilimento a tutti i suoi membri).

⁴² Altri tentativi di regolamentazione delle questioni riguardanti il riconoscimento e il trattamento delle società straniere mediante Trattati multilaterali (nessuno dei quali però è in vigore per mancanza delle firme o delle ratifiche sufficienti da parte degli Stati firmatari) sono stati fatti con la Convenzione dell'Aja dell'1 giugno 1956 sul riconoscimento della personalità giuridica delle società, associazioni e fondazioni e con la Convenzione di Strasburgo del 20 gennaio 1966 sullo stabilimento delle società. Sul punto v. MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, pp. 29 ss.

Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali che ha ammesso espressamente la legittimità delle fusioni transfrontaliere in ambito comunitario e ne ha in parte armonizzato il procedimento. La direttiva sulle fusioni transfrontaliere, i cui effetti sono in realtà già stati anticipati dalla decisione della Corte di Giustizia nel caso *SEVIC* del 2003⁴³, potrebbe rendere inapplicabile, come si vedrà meglio in seguito, il terzo comma dell'art. 25 alle società UE nella misura in cui richiede per la validità delle operazioni in questione che esse siano previste dalla legge di tutti gli Stati interessati.

4. La normativa degli Stati sardi divenuta in seguito all'unificazione d'Italia legislazione del Regno d'Italia.

In Italia il precedente più remoto di legislazione sulle società straniere può essere rinvenuto nella legge sarda del 30 giugno 1853⁴⁴. L'art. 2 della suddetta legge prevedeva che le società straniere non potessero compiere operazioni o stare in giudizio nello Stato, senza aver prima ottenuto un'autorizzazione dal Governo mediante l'approvazione dei loro statuti i quali avrebbero dovuto a tal fine essere redatti in conformità a quanto

⁴³ Nella sentenza *SEVIC* la Corte ha stabilito che una legislazione nazionale che proibisce le fusioni transfrontaliere quando una delle società coinvolte abbia sede in un altro Stato membro (nella specie il riferimento era alla legislazione tedesca) sarebbe in contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta dagli artt. 43 e 48 del Trattato (ciò ovviamente sul presupposto che lo Stato interessato conosca l'istituto in rilievo almeno per le fattispecie interne, poiché altrimenti non vi sarebbe alcuna discriminazione).

⁴⁴ Nel periodo precedente, infatti, le società commerciali molto difficilmente e molto raramente operavano al di fuori del proprio ambito nazionale. Alcune rare eccezioni si possono, tuttavia, rinvenire nelle imprese che sotto la protezione della corona inglese svilupparono il commercio oltre oceano dando vita a importanti realtà economiche (per esempio, la Compagnia delle Indie). V, però, LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pp. 162 ss., che segnala come una disciplina embrionale in materia di società straniere fosse già rinvenibile in epoca più remota negli statuti di alcune città italiane che prevedevano alcune disposizioni specifiche nei confronti delle compagnie di commercianti stranieri.

stabilito dal codice di commercio⁴⁵. La legge del 1853 conteneva, dunque, un generale principio di non riconoscimento delle società straniere che implicava l'inesistenza assoluta nel territorio dello Stato delle società che fossero prive dell'autorizzazione governativa. Queste non potevano né compiere alcuna operazione in Italia né tanto meno invocare alcuna tutela giurisdizionale dinanzi alle nostre Corti. In buona sostanza le società straniere prive dell'autorizzazione venivano considerate alla stregua delle società nazionali per le quali, in adesione alle teorie finzionistiche della persona giuridica, l'autorizzazione governativa costituiva la *condicio sine qua non* per la loro esistenza.

Successivamente, e sull'onda del dibattito che si era sviluppato in Francia e in Belgio in seguito alla sentenza *Assurances Générales de Paris c. Ruelens*⁴⁶, la legge del 27 ottobre 1860, n. 4387, e un decreto di pari data operarono il riconoscimento collettivo delle società francesi in risposta ad analogo provvedimento delle autorità di quel Paese. Il contenuto della legge del 1860 rispecchiava pedissequamente quello della legge belga del 1855 e della legge francese del 1857⁴⁷. Infatti, dopo aver stabilito all'art. 1 che le «società anonime e le altre società commerciali, industriali e finanziarie, che sono soggette nell'Impero francese all'autorizzazione del Governo, quando l'abbiano ottenuta, potranno operare nello Stato, esercitarvi ogni diritto e stare in giudizio, uniformandosi alle leggi d'esso», all'art. 2 autorizzava il Governo ad estendere ad altri Stati il medesimo regime. Di tale facoltà il

⁴⁵ Sulla legge sarda del 1853 v., *multis*, SANTA MARIA (nt. 4), pp. 24 ss.; DIENA (nt. 8), p. 239; LEFEBVRE D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1939, pp. 139 ss. Si riporta il testo della norma in questione: «le società anonime costituite all'estero, ed ogni altra associazione straniera anonima o in accomandita per azioni al portatore, non potranno operare nel territorio dello Stato, se non saranno autorizzate dal nostro governo, con l'approvazione dei loro statuti nella conformità voluta dagli articoli 46 e 47 del codice di commercio».

⁴⁶ V., *supra*, nota 13.

⁴⁷ Sulla legge sarda del 1860 v., anche, SANTA MARIA (nt. 4), pp. 27 ss.; DIENA (nt. 8), p. 239; GABBA, nota a Corte d'Appello di Genova 23 luglio 1886, in *Foro it.*, 1886, vol. XI, pp. 810 ss.

Governo si avvalse largamente inserendo statuizioni analoghe a quelle previste dalla legge del 1860 in apposite dichiarazioni diplomatiche, nei trattati di commercio o nelle convenzioni consolari⁴⁸. Il principale «merito» della legge del 1860 fu quello di aver abolito il sistema dell'autorizzazione governativa delle società straniere in favore del più liberale regime del decreto di abilitazione, cioè di aver sostituito ad un sistema di riconoscimento formale un principio di riconoscimento tacito generale di una data categoria di persone giuridiche. Infatti, mentre il regime dell'autorizzazione governativa delle società straniere imponeva un controllo di carattere sostanziale sullo statuto di tali società⁴⁹, per la concessione del decreto di abilitazione era sufficiente constatare il mero fatto dell'autorizzazione conseguita nel paese d'origine⁵⁰. La funzione del decreto di abilitazione era semplicemente quella di constatare la regolare costituzione della società nel Paese straniero e non già quella di concorrere né a porla in essere né a completarla⁵¹. La legge del 1860 riconosceva,

⁴⁸ V., per esempio, il Trattato di commercio e navigazione concluso con il Belgio il 9 aprile 1863 (art. 4); il trattato di commercio con la Svizzera il 22 luglio 1868 (art. 16); il Trattato di commercio con la Tunisia l'8 settembre 1868 (art. 18); la Convenzione consolare con la Spagna del 21 luglio 1867 (art. 5); le dichiarazioni scambiate con la Russia l'8 novembre 1866, con l'Inghilterra il 26 novembre 1867, con l'Olanda l'11 aprile 1868, con l'Austria-Ungheria il 19-21 gennaio 1869, con la Grecia il 28 febbraio 1871, con la Germania l'8 agosto 1873. Sul punto v. FEDOZZI, *op. cit.*, p. 191; LEFEBVRE D'OVIDIO (nt. 44), p. 139. L'elencazione è meramente esemplificativa e si riferisce ai Trattati stipulati dall'Italia immediatamente dopo la legge del 1860. In realtà la prassi di concludere simili accordi internazionali proseguì incessantemente almeno fino al dopoguerra dimodochè la lista è assai più lunga. Non si dimentichi, inoltre, che gran parte di questi accordi sono tutt'ora vigenti. Sul punto v., *infra*, cap. III.

⁴⁹ Cfr., SANTA MARIA (nt. 4), p. 30, che sottolinea l'ampia discrezionalità di cui godeva l'autorità governativa nella concessione dell'autorizzazione. Il relativo procedimento amministrativo, infatti, consisteva non soltanto in una indagine di legalità ma anche in un giudizio circa la «convenienza e l'opportunità del nuovo ente».

⁵⁰ V. Corte App. Genova 23 luglio 1886 in *Foro it.*, 1886, vol. XI, pp. 808 ss., che rileva come la funzione della legge del 1860 non fosse tanto quella di dare esistenza giuridica in Italia alle società anonime francesi, quanto piuttosto quella di riconoscere la legale esistenza che esse avevano in Francia.

⁵¹ Mentre, secondo la giurisprudenza, la condizione delle società straniere non ancora autorizzate era paragonabile a quella delle società italiane prive dell'autorizzazione governativa. Ciò significa che

dunque, per la prima volta il principio dell'extraterritorialità delle persone giuridiche in virtù del quale le società anonime costituite in certi Stati erano riconosciute come esistenti anche in uno Stato diverso da quello in cui erano state create per mezzo dell'autorizzazione. Per di più, tali società venivano riconosciute in base alla legge del luogo di costituzione. Come è stato osservato dalla dottrina più attenta, la legge del 1860 dettava per la prima volta una vera e propria norma di diritto internazionale privato che si caratterizzava, tuttavia, per essere applicabile alle sole società validamente costituite in certi Stati⁵².

In questo modo, venivano a coesistere due regimi tra loro assai diversi per le società straniere che volessero operare in Italia: il regime ordinario previsto dalla legge del 1853 e il regime privilegiato disciplinato dalla legge del 1860 di cui godevano le società anonime appartenenti agli Stati ai quali il nostro Paese aveva esteso tale trattamento favorevole⁵³.

Dopo l'unificazione del Regno d'Italia il Governo venne autorizzato a promulgare in tutte le province una nuova comune codificazione. Fu così che, dopo cinque anni di lavori preparatori, fu emanato il codice civile del 1865 (per larga parte ispirato al codice francese), insieme ad un separato

tali enti potevano operare in Italia come società di fatto, obbligando tanto i soci quanto i terzi. Cfr., Cass. Torino, 30 giugno 1887 in *Foro It.* 1887, I, pp. 601 ss. Sul punto v. DIENA, *cit.*, p. 242.

⁵² In questi termini, SANTA MARIA (nt. 4), p. 59. La legge del 1853 non stabiliva, invece, una norma di diritto internazionale privato dato che essa non prevedeva l'applicazione di una certa legge, né tantomeno dava riconoscimento ad una fattispecie costitutiva realizzatasi in un ordinamento straniero. Essa, piuttosto, nel richiedere alle società straniere la stessa autorizzazione che doveva essere richiesta per la costituzione di una società in Italia, si limitava ad imporre di fatto la ricostituzione di tali società secondo il nostro diritto. Sul principio per cui elemento indefettibile della norma di diritto internazionale privato è che essa abbia ad oggetto «l'applicabilità di una certa legge» v., *multis*, BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2002, p. 53.

⁵³ Si tenga, tuttavia, presente che il numero dei Paesi con i quali l'Italia aveva stipulato gli accordi internazionali previsti dall'art. 2 della legge del 1860 era assai elevato. V. SANTA MARIA, (nt. 4), p. 66, ove si osserva che «l'iniziale rapporto fra le disposizioni generali contenute nella legge del 1853 e quelle eccezionali previste dalla legge del 1860 poteva considerarsi praticamente rovesciato».

codice di commercio, che fu poi sostituito nel 1882 da un nuovo codice di commercio⁵⁴.

Il codice civile del 1865 conteneva alcune norme di diritto internazionale privato. In particolare, l'art. 6 delle disposizioni preliminari regolava lo stato e la capacità delle persone, mentre l'art. 3 cod. civ. riconosceva agli stranieri il diritto di godere dei medesimi diritti civili attribuiti ai cittadini⁵⁵. Si pose così il problema se tali norme avessero dovuto trovare applicazione o meno nei confronti delle società commerciali. La questione fu molto dibattuta in dottrina⁵⁶. Senza volerci addentrare nell'analisi delle argomentazioni proposte dai fautori dell'una e dell'altra tesi, può dirsi che prevalse la tesi dell'inapplicabilità della disciplina codicistica alle società commerciali straniere secondo la quale: *a*) l'espressione «persone» cui faceva riferimento l'art. 2 cod. civ. non avrebbe voluto ricomprendere anche le società commerciali; *b*) la disciplina prevista dalle leggi del 1853 e del 1865 avrebbe dovuto considerarsi di diritto speciale e come tale non avrebbe potuto essere derogata da norme generali (quali erano quelle del codice civile) anche se posteriori. La disciplina del codice del 1865 non apportò, dunque, alcuna modificazione sostanziale al regime applicabile alle società straniere.

⁵⁴ Sul punto v., *multis*, ROBERTI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1967.

⁵⁵ Queste disposizioni sono nella loro sostanza analoghe alle previsioni già contenute nel codice albertino del 1826 il quale dopo aver stabilito all'art. 12, comma 3 che «le leggi concernenti allo stato e alla capacità delle persone reggono i sudditi ancorché residenti in paesi esteri», prevedeva all'art. 26 che «gli stranieri, se vorranno godere di tutti i diritti de' sudditi, dovranno fissare il loro domicilio nello Stato, impetrare il privilegio di naturalità, e giurare fedeltà al Sovrano». Il successivo secondo comma precisava poi che «in difetto essi non godranno che di quei diritti civili che, nello Stato cui essi appartengono sono concessuti ai sudditi Regii, salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche dovrebbero aver luogo».

⁵⁶ In senso favorevole all'applicazione alle persone giuridiche degli artt. 3 e 6 cod. civ. si pronunciavano fra gli altri DIENA (nt. 8), p. 241; FEDOZZI (nt. 7), p. 188; LO MONACO, *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana in Il Filangieri*, 1885, pp. 34 ss.; SANTA MARIA (nt. 4), pp. 61 ss. In senso contrario cfr., invece, GIANZANA, *op. cit.* Per più ampi riferimenti bibliografici sul punto, v. FIORE (nt. 6), pp. 311 ss; SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 62, nota 127.

Il sistema delineato entrò, invece, in crisi dopo che in alcuni Stati (tra cui la Francia) fu soppressa l'autorizzazione governativa per la costituzione delle società anonime⁵⁷. Ci si chiese, allora, se la legge del 1860 avrebbe potuto o meno continuare ad esplicare la sua efficacia nei confronti delle società costituite senza l'autorizzazione governativa. Sul punto la giurisprudenza, nel pronunciarsi in un noto caso relativo ad una società per azioni francese, assunse una posizione piuttosto rigida ritenendo che in seguito all'emanazione della legge francese del 1867 la nostra legge del 1860 doveva risultare inapplicabile, mentre tornava a rivivere la legge del 1853⁵⁸.

Questa decisione fu ampiamente criticata dalla nostra dottrina che riteneva che la legge del 1853 abrogata, come si è detto, dalla legge del 1860 non avrebbe potuto riprendere vigore per il semplice fatto del venir meno dei presupposti oggettivi per l'applicazione della seconda⁵⁹.

5. Il codice di commercio del 1882: il principio del generale riconoscimento delle società straniere.

La disciplina italiana sul riconoscimento e il trattamento delle società straniere finora esposta risultava piuttosto rigida e incoerente. Infatti, da un lato il sistema del doppio binario (quello ordinario stabilito dalla legge del 1853 e quello privilegiato introdotto dalla legge del 1860) creava una

⁵⁷ Per quanto riguarda in particolare la Francia il riferimento è alla legge del 24 luglio 1867 che abolì la necessità di ottenere un'autorizzazione governativa per la costituzione delle società.

⁵⁸ V. Cass. Torino 7 marzo 1884, in *Foro it.*, 1884, c. 1057. Sul punto v., anche, DIENA, *op. cit.*, pp. 240 ss. In senso contrario a questo orientamento si segnala, tuttavia, una decisione della Corte di Appello di Genova («la legge 27 ottobre 1860 ... non ha cessato di aver vigore soltanto perché in Francia sia stata pubblicata la legge 24 luglio 1867, che abolì l'autorizzazione governativa delle società anonime e vi sostituì altre cautele. Conseguentemente gli acquisti fatti in Italia da una società anonima francese dopo il 1867 ... non possono dirsi nulli per inesistenza del compratore»). V. App. Genova 23 luglio 1886 in *Foro it.*, 1886, vol. XI, c. 808 ss.

⁵⁹ V., GIANZANA, *op. cit.*, nn. 59-67; FIORE, *op. cit.*, nn. 531-533; FEDOZZI, *op. cit.*, n. 45; VIDARI, *Le società e le associazioni commerciali*, Milano, Hoepli, 1889, n. 137.

ingiusta disparità di trattamento a pregiudizio di quelle società appartenenti a Stati con i quali l'Italia non aveva stipulato alcun accordo, mentre dall'altro l'orientamento giurisprudenziale di cui si è appena dato conto pregiudicava gravemente i rapporti commerciali con le società appartenenti a Stati nei quali era stato soppresso il regime dell'autorizzazione governativa.

Inoltre, il numero crescente di società straniere operanti in Italia in seguito all'emanazione della legge del 1860 e alla stipulazione da parte dell'Italia di numerosi accordi internazionali per il reciproco riconoscimento delle società commerciali rendeva sempre più grave la questione della tutela dell'interesse dei cittadini che avessero instaurato rapporti giuridici con le stesse.

Diventava perciò impellente l'esigenza di un intervento del legislatore al fine di ristabilire un criterio generale per il riconoscimento delle società straniere. La questione fu portata sul tavolo della Commissione incaricata di studiare la riforma del codice di commercio dal Mancini il quale sostenne con vigore l'idea più liberale che tutte le società costituite all'estero dovessero, in via di principio, essere ammesse a funzionare nel nostro Paese⁶⁰.

La materia fu così regolata in modo organico dal codice di commercio del 1882 che introdusse agli artt. 230-232 una apposita sezione VIII dedicata appunto alle società estere⁶¹.

⁶⁰ Sul punto v. *Relazione Mancini al codice di commercio, sub artt. 230-232* in *Il codice di commercio del Regno d'Italia* a cura di Matteo Galdi, *sub artt. 230-232*, p. 463.

⁶¹ Si riporta qui di seguito il testo degli artt. 230-232 del codice di commercio.

Art. 230 «Le società legalmente costituite in un paese estero, le quali stabiliscono nel Regno una sede secondaria od una rappresentanza, sono soggette alle disposizioni del presente codice riguardanti il deposito e la trascrizione, l'affissione e la pubblicazione dell'atto costitutivo, dello statuto, degli atti che recano cambiamenti all'uno o all'altro, e dei bilanci; devono pubblicare inoltre il nome delle persone che dirigono od amministrano tali sedi, od altrimenti rappresentano la società nello Stato.

Queste persone hanno verso i terzi la responsabilità stabilita per gli amministratori delle società nazionali.

Il codice di commercio introdusse per la prima volta nel nostro ordinamento un principio generale di riconoscimento delle società straniere⁶². Principio che, almeno nei suoi tratti essenziali, non verrà più messo in discussione dalla successiva legislazione.

La disciplina in questione aveva contenuto chiaramente unilaterale⁶³. Essa si occupava, infatti, soltanto delle società che, sebbene costituite all'estero, avessero in Italia un centro permanente di affari, senza regolare, invece, la diversa ipotesi di società costituite in Italia ma aventi all'estero il centro principale dei loro affari⁶⁴.

Al riguardo distingueva tre ipotesi:

Se le società estere sono di specie diversa da quelle indicate nell'articolo 76, si devono adempiere le formalità prescritte per il deposito e la pubblicazione dell'atto costitutivo e dello statuto delle società anonime, ed i loro amministratori hanno verso i terzi la responsabilità stabilita per gli amministratori di queste.

Le società costituite in paese estero, le quali hanno nel Regno la loro sede e l'oggetto principale della loro impresa, sono considerate come società nazionali e sono soggette, anche per la forma e validità del loro atto costitutivo, benché stipulato in paese estero, a tutte le disposizioni del presente codice»

Art. 231 «L'inadempimento delle formalità prescritte nell'articolo precedente produce, per le società sopra indicate, le conseguenze legali stabilite per le società nazionali, e rende in tutti i casi gli amministratori ed i rappresentanti di qualsivoglia specie responsabili personalmente e solidalmente di tutte le obbligazioni sociali, limitatamente agli atti dipendenti dall'esercizio delle loro funzioni»

Art. 232 «Le società in nome collettivo ed in accomandita semplice costituite in paese estero devono depositare per intero il loro atto costitutivo nella cancelleria del tribunale di commercio, nella cui giurisdizione intendono di collocare il loro principale stabilimento nel Regno, entro il termine e per gli effetti indicati nell'art. 90.

Esse devono uniformarsi alle disposizioni dell'art. 92, rispetto agli stabilimenti secondari od alle rappresentanze che istituiscono nel Regno.

Le altre specie di società costituite in paese estero devono uniformarsi alle disposizioni dell'art. 91 nel luogo ove istituiscono il loro principale stabilimento, e alla disposizione del primo capoverso dell'art. 92, rispetto agli stabilimenti secondari ed alle rappresentanze».

⁶² Sul sistema introdotto dal codice di commercio del 1882 v., *multis*, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Milano, 1929, pp. 519 ss.; MARGHERI, commento *sub. artt.* 230-232, in *Codice di commercio commentato* coordinato da Leone Bolaffio e Cesare Vivante, Torino 1929; MANARA, *Trattato delle società e delle associazioni commerciali*, vol. I, Milano-Roma-Napoli, 1905, pagg. 652 ss.; LEFEBVRE D'OVIDIO, *op. cit.*, pagg. 139 ss.; DIENA, *op. cit.*, pp. 271 ss.; CARUSO, *Le società nella Comunità Economica Europea*, Napoli, 1969, pp. 118 ss.; SANTA MARIA, *op. cit.*, pp. 65 ss.

⁶³ Sulla unilateralità della disciplina del codice del 1882 v., SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁴ Lo stabilimento di un centro permanente di affari in Italia costituiva, dunque, la linea di confine per l'applicazione della disciplina codicistica. Nessun disciplina o restrizione particolare era, invece, prevista per le società straniere che avessero voluto esercitare la propria attività in Italia senza una stabile organizzazione. Sul punto v. *Relazione Mancini al codice di commercio*, *cit.*, p. 463.

a) l'ipotesi di una società che avesse impiantato in Italia una sede secondaria o una rappresentanza. Tali società venivano assoggettate alle disposizioni del codice di commercio riguardanti la pubblicazione in Italia degli atti statutari, dei bilanci e dei nomi dei soggetti aventi la rappresentanza della società (art. 230, comma primo, cod comm.)⁶⁵;

b) l'ipotesi di una società estera che avesse impiantato in Italia il suo stabilimento principale senza però avere nel nostro Paese la sede sociale e l'oggetto principale dell'impresa⁶⁶. Queste società venivano sottoposte a tutte le norme di ordine pubblico italiane previste per le società anonime;

c) l'ipotesi, infine, di una società costituita all'estero che avesse impiantato in Italia la sede e l'oggetto principale della sua impresa (per esempio un servizio pubblico di tram, di ferrovie, di illuminazione).

A tali società il legislatore del 1882 toglieva «la maschera straniera»⁶⁷ e le considerava sotto ogni profilo società nazionali assoggettandole anche per ciò che riguardava la forma e la validità del loro atto costitutivo, benché stipulato all'estero, alle disposizioni del codice di commercio (art. 230 cpv.)⁶⁸.

⁶⁵ Il terzo comma dell'art. 230 regolava, altresì, il caso in cui la società estera che avesse voluto stabilire in Italia una sede secondaria o una rappresentanza fosse di una specie diversa da quelle previste dal codice di commercio, imponendo per tale ipotesi l'adempimento degli obblighi pubblicitari previsti per le società anonime. V., MARGHERI, *op. cit.*, n. 666.

⁶⁶ V., *multis*, VIVANTE, *op. cit.*, p. 519 ss. Alcuni autori sminuivano, invece, la portata dell'art. 232 che veniva riferito alla stessa ipotesi configurata nell'art. 230 cpv. ritenendo che alle società contemplate in questa ipotesi, anche se si fosse trattato di società in nome collettivo o in accomandita semplice, il legislatore avesse voluto imporre la pubblicazione dell'intero atto costitutivo nella cancelleria del Tribunale nella cui giurisdizione si trovasse lo stabilimento principale. Così, *multis*, NAVARRINI, commento *sub* artt. 230 ss. cod. comm., in *Giur. it.*, 1909, pp. 781 ss. Altri autori ancora, sebbene configurassero l'art. 232 come una terza ipotesi, la ritenevano, poi, in realtà sostanzialmente coincidente con quella prevista dall'art. 230 cpv. V., *multis*, MANARA, *op. cit.*, pp. 676 ss.; MARGHERI, Commento *sub* artt. 230 ss., *op. cit.*, n. 667.

⁶⁷ Le parole virgolettate sono del Vivante.

⁶⁸ La relazione Mancini spiega chiaramente la funzione difensiva affidata alla disposizione in questione: «Tropo facile riuscirebbe o ai nazionali di recarsi all'estero per quivi redigervi l'atto costitutivo della propria società, allorché le leggi estere fossero più larghe delle nazionali, e di istituire poi nel territorio nazionale la sede stessa principale della loro impresa, od agli stranieri di sottrarsi all'osservanza delle leggi nazionali, stipulando del pari in casa propria l'atto costitutivo, per poi consumare in Italia il medesimo gioco».

Questa norma, che sembra costituire la chiave di volta dell'intero edificio della disciplina delle società straniere prevista dal codice di commercio, fu interpretata tanto dalla dottrina dominante quanto dalla giurisprudenza nel senso che per la «nazionalizzazione» di una società costituita all'estero fosse necessario il concorso di entrambe le condizioni previste dall'art. 230 cpv. e, cioè, la localizzazione in Italia tanto della sede della società quanto del suo oggetto principale⁶⁹. Di conseguenza si sarebbe dovuta riconoscere in base alla sua legge nazionale una società con sede statutaria all'estero ancorché avente uno stabilimento industriale principale in Italia.

Tuttavia, accadde che la giurisprudenza, nonostante le critiche mosse dalla dottrina⁷⁰, intese il concetto di «sede della società», non già nel senso di sede statutaria sibbene nel senso di sede reale, ossia di luogo «dove si concentrano e si esplicano le sue forze economiche e la sua attività di commercio e dove trovasi il suo principale stabilimento commerciale, anche se la sede statutaria sia situata altrove»⁷¹, restringendo così di fatto e in maniera notevole la portata del principio del riconoscimento.

In base alla disciplina introdotta dal codice di commercio del 1882 (così come interpretata dalla nostra giurisprudenza), il sistema risultava, dunque, essere il seguente: *a*) venivano riconosciute come straniere le società costituite all'estero che avessero impiantato in Italia una sede secondaria, una rappresentanza, uno stabilimento principale, o alternativamente l'oggetto principale dell'impresa o la sede statutaria; *b*) veniva, invece,

⁶⁹ V. Cass. Roma, 28 dicembre 1893, in *Foro it.*, 1894, p. 1258; App. Milano, 21 novembre 1883, in *Annali*, 1884, III, p. 120; App. Torino, 6 luglio 1897, in *Annali*, 1898, III, p. 95. Nella dottrina v., *multis*, DIENA, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁰ V., *multis*, DIENA, *op. cit.*, pp. 271 ss., ove si rileva come, in effetti, dato il suo carattere di norma eccezionale, l'ultimo alinea dell'art. 230 avrebbe dovuto essere interpretato in maniera restrittiva senza, dunque, andare oltre i casi espressamente contemplati dalla legge. Cfr., anche, GIANZANA, *op. cit.*, n. 70.

⁷¹ In questo senso v. App. Milano, 21 novembre 1883 in *Annali*, 1884, III, p. 120; Cass. Roma, 22 dicembre 1897, in *Annali*, 1898, II, p. 22.

imposta la «nazionalizzazione» delle società costituite all'estero che avessero collocato in Italia la sede sociale (nel senso sopra chiarito) e l'oggetto principale dell'impresa⁷².

Dall'analisi delle disposizioni contenute negli artt. 230-232 cod. comm., emerge come il criterio scelto dal legislatore per la determinazione della nazionalità delle società, vale a dire per la distinzione tra società soggette alla legge italiana e società regolate dalla legge straniera fosse quello del luogo di costituzione. Ciò risulta in modo non equivoco dalla lettura del testo normativo e in particolare dal fatto che: a) l'art. 230, primo alinea, parlava di «società legalmente costituite in un paese estero» contrapponendole alle società nazionali; b) l'art. 230 cpv., che nel caso visto sopra considerava come nazionali le società costituite all'estero, aveva manifestatamente carattere di norma eccezionale rispetto alla regola generale secondo cui le società costituite all'estero erano società straniere regolate dalla legge straniera⁷³.

⁷² Il principio della nazionalizzazione espresso dall'art. 230 cpv. fu vivamente censurato dai commentatori. Tale censura riguardava non soltanto il merito della scelta di politica legislativa di imporre l'applicazione integrale della legge italiana alle società contemplate dalla norma in esame ma altresì la legittimità formale della stessa. Fu, infatti, osservato che il principio della nazionalizzazione sarebbe stato in contrasto con le convenzioni diplomatiche stipulate dall'Italia con vari governi stranieri per il reciproco riconoscimento delle società commerciali. In questo senso v., *multis*, GIANZANA, *op. cit.*, n. 70; *Contra*, v. però DIENA, *op. cit.*, p. 275, secondo il quale mediante tali convenzioni internazionali ciascuno degli Stati contraenti avrebbero inteso «assicurare protezione sul territorio dell'altro alle proprie società nazionali, ma non a quelle che appartenessero ad un paese diverso e si fossero limitate a far redigere entro i confini dello Stato il loro atto costitutivo».

⁷³ Sul punto v. ANZILOTTI, *Il mutamento di nazionalità delle società commerciali*, in *Riv. dir. int.*, 1912, pp. 109 ss., il quale osservava che, in base alle discipline del codice di commercio, il criterio del luogo di costituzione andava inteso nel senso di luogo in cui, perfezionandosi il processo di costituzione, le società venivano ad esistenza. Nel senso che il criterio accolto dal codice di commercio fosse quello del luogo di costituzione v., anche, LEFEBVRE D'OVIDIO, *op. cit.*, p. 151; FEDOZZI, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, Venezia, 1897, p. 160; ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, terza ed., Roma, 1936, pp. 190 ss. In giurisprudenza cfr., *multis*, App. Torino 2 marzo 1927, in *Giur. Tor.*, 1927, p. 1370; App. Genova, 16 luglio 1924, in *Riv. dir. comm.*, 1925, p. 80. In senso difforme si pronunciarono, invece, nella dottrina, MARINONI, *Della condizione giuridica delle società commerciali straniere secondo gli artt. 230-232 cod. comm.*, Roma, 1914, p. 151 e nella giurisprudenza, Trib. Ancona, 9 marzo 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919, p. 512.

In conclusione, può osservarsi come le innovazioni più rilevanti apportate alla materia in esame dalla disciplina introdotta dal codice di commercio del 1882 rispetto al sistema delle leggi del 1853 e del 1860 consistettero: *a)* nell'aver generalizzato l'applicazione del principio di riconoscimento delle società straniere che non venivano ormai più sottoposte ad un controllo politico preventivo; *b)* nell'aver rielaborato il contenuto dell'obbligo di preventiva «abilitazione» delle società straniere che veniva ormai imposto soltanto a quelle società che avessero voluto svolgere in Italia una attività a carattere «stabile» e non più anche soltanto saltuaria.

Per il resto, le due discipline finora esaminate si ponevano in una evidente linea di continuità.

6. *La disciplina sul riconoscimento delle società straniere nell'impostazione originaria del codice civile del 1942.*

Ai fini di questa ricostruzione storica della disciplina delle società straniere, è utile fornire un breve quadro del sistema originariamente disegnato dal legislatore del 1942⁷⁴.

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti sul sistema introdotto dal codice civile del 1942 nella sua originaria stesura v., *multis*, VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1973, pp. 61 ss.; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli – Foro Italiano, 1976; ANGELICI, *Enti stranieri*, in *Riv. not.*, 1989, pp. 1 ss.; SANTA MARIA, *op. cit.*, pp. 89 ss.; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1994; LUZZATTO, *Persona giuridica. Diritto internazionale privato* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1983, vol. XXXIII, pp. 276 ss.; CAGNASSO, *op. cit.*, pp. 351 ss.; CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; GIARDINA, *Le società costituite all'estero*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 224 ss.; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 485 ss.; RAMONDELLI, *Società straniere: requisiti di validità e riconoscimento*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 237 ss.; BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine «società»*, in *Riv. soc.*, 1980, pp. 121 ss.; MONTI, *La legge regolatrice delle società*.

Era opinione diffusa che in tale sistema mancava, al pari di quanto già avveniva nella legislazione del codice di commercio, una vera e propria norma di conflitto in materia di società, ragion per cui era necessario estrapolarla da altre norme dell'ordinamento⁷⁵. E' opportuno al riguardo ricordare quali erano le disposizioni che venivano in considerazione. Innanzitutto, la materia che prima era regolata dagli artt. 230-232 del codice di commercio, conflui nel capo IX, titolo IV, del libro V del codice civile (artt. 2505-2510)⁷⁶ dedicato alle «società costituite all'estero od operanti all'estero» e contenente tre gruppi di norme che ricalcavano, e non soltanto nella formulazione, le disposizioni degli artt. 230-232 del codice di commercio⁷⁷: a) gli artt. 2505 e 2509 che sottoponevano «a tutte le disposizioni della legge italiana» rispettivamente le società «costituite all'estero» ma aventi «nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa» e quelle costituite «nel territorio dello Stato»⁷⁸; b) gli artt. 2506-2508 che sottoponevano ad alcune soltanto di tali disposizioni (in particolare a quelle relative agli obblighi di pubblicità) le società costituite all'estero che avessero stabilito «nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile»; c) l'art. 2510 che conteneva, infine, una disposizione eccezionale in quanto faceva salva la possibilità di una disciplina speciale nei confronti delle società nelle quali fossero «rappresentati interessi stranieri».

Trattamento delle società straniere. Sedi secondarie di società straniere in Italia, in *Riv. soc.*, 1975, pp. 1268 ss.; DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, Casucci, 2004, pp. 11 ss.

⁷⁵ Cfr. BALLARINO, (nt. 57), p. 33.

⁷⁶ E, dunque, fuori dalla sede in cui sono disciplinati i singoli tipi di società stante ad indicarne la sua applicazione a tutti i tipi di società e non soltanto a quelle dotate di personalità giuridica. In tal senso v., *multis*, CAGNASSO, *op. cit.*, pp. 355 ss.

⁷⁷ Cfr., *multis*, CAGNASSO, *op. cit.*, p. 354; SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 85 ss.

⁷⁸ Si riporta la il testo storico degli artt. 2505 e 2509 cod. civ.

Art. 2505 «Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana».

Art. 2509 «Le società che si costituiscono nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività è all'estero sono soggette alle disposizioni della legge italiana».

Il codice del 1942 introdusse, dunque, una disciplina dal più ampio ambito di applicazione per la nazionalizzazione delle società rispetto a quella prevista dal codice di commercio, come si desume dal fatto che ai fini della sottoposizione integrale alla legge italiana non era più necessario che in Italia si trovassero tanto la sede della società quanto l'oggetto principale dell'impresa ma era sufficiente la presenza di uno soltanto di questi elementi.

Alle norme citate bisogna, poi, aggiungere alcune disposizioni di diritto internazionale privato contenute nelle «preleggi», poiché coloro che non ritenevano di poter individuare una norma di conflitto nelle disposizioni del codice civile appena richiamate cercavano di ricavare tale norma proprio dalle «preleggi» che, prima della riforma del 1995, contenevano, come è noto, la disciplina generale di diritto internazionale privato. In particolare, e con riferimento alla nostra materia, venivano in considerazione: *a)* l'art. 16, rubricato «trattamento dello straniero» ed ancora oggi in vigore, che estese alle persone giuridiche straniere il principio secondo cui lo «straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità»; *b)* Il successivo art. 17, abrogato dalla legge di riforma del diritto internazionale privato, che si occupava della «legge regolatrice dello stato e della capacità delle *persone*» e sanciva il principio dell'applicazione della legge nazionale; *c)* l'art. 25, infine, relativo alla legge regolatrice delle obbligazioni.

Questa situazione legislativa è all'origine della grande varietà di opinioni che si formarono intorno al problema dell'individuazione della legge regolatrice delle società, anche se è bene precisare che nessuna di

queste opinioni metteva in discussione l'ormai acquisito principio del generale riconoscimento delle società straniere⁷⁹.

a) Una prima posizione sosteneva la mancanza nel diritto internazionale privato italiano di una norma diretta a regolare l'attribuzione della personalità giuridica agli enti collettivi, ragion per cui quest'ultima sarebbe stata attribuita direttamente dal nostro ordinamento sul presupposto della loro esistenza in un ordinamento straniero⁸⁰. E ciò in base ad «un ragionamento di pura logica e con riferimento al diritto comparato»⁸¹.

Al riguardo, mentre alcuni autori ritenevano che si sarebbe dovuto far riferimento alla legge del luogo in cui la società avesse stabilito la sua sede sociale, intesa come luogo in cui essa svolgesse effettivamente la sua attività (teoria della sede reale), altri affermavano, invece, che la legge regolatrice avrebbe dovuto essere quella dello Stato in cui la società avesse completato il suo procedimento di costituzione a prescindere dalla localizzazione della sede effettiva (teoria dell'incorporazione)⁸².

b) Secondo un'altra corrente di pensiero la norma di conflitto in materia di società avrebbe dovuto essere individuata nell'ambito delle preleggi, ricercando una norma la quale, pur non contemplandole direttamente, fosse cionondimeno ad esse estensibile. Coloro i quali

⁷⁹ Cfr., SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 81; CAPOTORTI, *Il principio del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità Economica Europea*, in *Riv. Soc.*, 1966, pp. 969 ss.

⁸⁰ V., *multis*, MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 1986, pp. 92 ss., che è generalmente considerato l'ideatore di questa tesi.

⁸¹ V. VITTA, *op. cit.*, p. 72.

⁸² Sul punto v., FIORE, *op cit.*, p. 300; VITTA, *op. cit.*, p. 72, ove più ampi riferimenti. Nella giurisprudenza, si rifacevano al criterio del luogo di costituzione, *multis*, Cass. S.U., 26 maggio 1969, n. 1857, in *Foro it.*, 1969, p. 2538; Trib. Roma, 16 gennaio 1953, in *Temi rom.*, 1954, p. 114; Trib. Genova, 21 febbraio 1948, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, p. 873, con nota di Giannastasio, *In tema di nazionalità delle società commerciali*. Aderivano al criterio della sede reale, invece, *multis*, Cass. 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 545 («per stabilire se una società costituita all'estero sia o meno soggetta alle disposizioni della legge italiana a norma dell'art. 2505 c.c. occorre avere riguardo alla realtà effettiva e non fermarsi alle risultanze degli atti ufficiali»).

ricercavano la norma di conflitto nelle preleggi si suddividevano, come anticipato, tra chi la ravvisava nell'art. 17 relativo allo stato e alla capacità delle persone, chi la incontrava nell'art. 25 relativo alla legge regolatrice delle obbligazioni e chi, infine, la riteneva implicita nell'art. 16, secondo comma, relativo al trattamento dello straniero.

La prima tesi trovava il suo antecedente più remoto in una intuizione del De Nova⁸³ e partiva fondamentalmente dall'idea che la locuzione «stato e capacità delle persone» di cui all'art. 17 delle preleggi facesse riferimento, come sarebbe dimostrato anche dai lavori preparatori, non soltanto alle persone fisiche ma anche alle persone giuridiche. E, poiché tale disposizione stabiliva, come si è detto, il principio dell'applicazione della legge nazionale, era a quest'ultima che avrebbe dovuto farsi riferimento per la determinazione della *lex societatis*⁸⁴. Tale tesi fu successivamente sviluppata dal Capotorti⁸⁵. L'A. riteneva che dal momento che uno Stato può stabilire le condizioni per l'attribuzione della cittadinanza alle persone fisiche allo stesso modo deve poter essere libero di stabilire a quali società attribuire la propria nazionalità. Mentre, per quanto riguarda le società diverse da quelle che considera sue nazionali uno Stato non potrebbe che limitarsi a riconoscere o meno la nazionalità loro riconosciuta dagli rispettivi Stati di appartenenza. Passando all'esame del nostro ordinamento il Capotorti ravvisava nell'art. 17 delle preleggi una norma di conflitto generale applicabile tanto alle persone fisiche quanto alle persone giuridiche che

⁸³ V. DE NOVA, *La nazionalità delle società commerciali e le società commerciali irregolari* (nota a Trib. Roma 15 1935), in *Riv. dir. priv.*, 1936, pp. 176 ss.

⁸⁴ Quanto alla definizione in concreto del criterio in base al quale stabilire se una persona fosse cittadina di uno Stato piuttosto che di un altro, il De Nova sosteneva che il problema andava risolto caso per caso «avendo riguardo al modo di essere dei vari ordinamenti positivi». Sul punto v., anche, VITTA, *op. cit.*, pp. 70 ss.

⁸⁵ V. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; ID, *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *Riv. dir. int. Priv.*, 1965, pp. 623 ss.

avrebbe sancito quale legge applicabile in materia di stato e capacità la rispettiva legge nazionale e in questo senso avrebbe riconosciuto la personalità giuridica da quest'ultima conferita. Mentre le norme contenute negli artt. 2505-2059, a differenza delle disposizioni di cui agli artt. 2507, 2508 e 2510 che sarebbero relative al trattamento delle società straniere in Italia, avrebbero avuto la funzione unilaterale di delimitare l'attribuzione della nazionalità italiana alle società che: a) si fossero costituite in Italia impiantandovi la propria sede⁸⁶; b) sebbene costituitesi all'estero avessero stabilito in Italia la loro sede sociale o vi avessero localizzato la loro attività principale.

Tale corrente di pensiero fu quella che riscosse il maggiore successo sia nella dottrina che nella giurisprudenza⁸⁷.

Secondo un altro orientamento, proposto inizialmente dal Balladore Pallieri, la norma delle preleggi cui avrebbe dovuto farsi ricorso in relazione alla questione in esame era piuttosto l'art. 25⁸⁸. L'A. valorizzava la funzione che l'atto costitutivo e lo statuto assumono nella vita della società essendo, infatti, a questi documenti che deve farsi riferimento in prima istanza per la risoluzione delle questioni relative al governo della società. E dalle premesse

⁸⁶ Sul presupposto che la costituzione in Italia comporta la necessaria fissazione della sede sociale nel nostro Paese.

⁸⁷ Cfr. VITTA, *op. cit.*, p. 77 ss. il quale si rifaceva anche all'argomento storico in base al quale l'art. 6 delle preleggi del codice di commercio, analogo all'art. 17 delle preleggi del 1942, veniva già interpretato nel senso di essere applicabile anche alle persone giuridiche. V., anche, TREVES, *Il caso Zeiss* in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, p. 484; NERI, *Lo stabilimento di società commerciali con particolare riferimento alla C.E.E.* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 437. Nella giurisprudenza v., ad esempio, App. Firenze, 19 maggio 1971, in *Giur. toscana*, 1972, p. 489; App. Trieste 27 luglio 1959, in *Giur. agr. it.*, 1959, pp. 631 ss.; App. Torino, 17 giugno 1958, in *Riv. dir. int.*, 1958, pp. 597 ss. con nota di CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società «di persone» che trasferiscono le sedi in altro Stato*, nota a Trib. Milano 10 giugno 1949, in *Riv. dir. int.*, 1953, pp. 242 ss.; Trib. Roma 19 giugno 1968, in *Foro it.*, 1969, p. 526.

⁸⁸ V. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1950, pp. 134 ss. In senso analogo si espressero anche CASSONI, *La nazionalizzazione delle società e il diritto internazionale privato*, Padova, 1959, pp. 61 ss.; LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 1943, pp. 134 ss.; CANSACCHI, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflits de lois*, in *Recueil des Cours*, 1953, pp. 83 ss.

che l'atto costitutivo e lo statuto, frutto dell'autonomia privata, rientrano nella categoria del contratto e che per la determinazione della legge regolatrice dei contratti occorre far riferimento all'art. 25, il Balladore Pallieri trasse la conseguenza che anche le società di capitali avrebbero dovuto essere regolate dalle leggi richiamate da questa norma e cioè: la legge nazionale comune dei contraenti, la *lex loci actus* o la legge scelta di comune accordo dai contraenti⁸⁹.

La conclusione cui giunse altra autorevole dottrina fu, invece, che il riconoscimento delle società straniere nel nostro ordinamento sarebbe un fenomeno preesistente alle disposizioni del codice civile del 1942 che avrebbe trovato fondamento nell'art. 16, secondo comma, delle preleggi⁹⁰. Secondo tale dottrina il principio di riconoscimento sarebbe implicito nella disposizione in esame. Infatti, per stabilire se vi sia reciprocità di trattamento a favore degli enti italiani ai fini dell'applicazione della clausola di reciprocità di cui all'art. 16, secondo comma, sarebbe stato necessario prima stabilire quale fosse «l'ordinamento da prendere in considerazione». E tale ordinamento avrebbe dovuto essere individuato, non necessariamente in base ad una norma di conflitto, ma «alla luce delle circostanze concrete del caso». Al riguardo, secondo il Ballarino, l'unico criterio possibile sarebbe stato quello di «ricercare, fra tutti i sistemi giuridici stranieri che possono avere connessione con l'ente giuridico quello che l'ha creato e gli ha conferito la personalità»⁹¹.

⁸⁹ Per una critica a tale orientamento v. VITTA, *op. ult. cit.*, p. 159, il quale rileva come il contratto, in effetti, avrebbe «a che fare con il momento iniziale della vita della società ... e non con la vita della società stessa, che non cade necessariamente sotto la stessa legge».

⁹⁰ V. BALLARINO, *op. cit.*, pp. 43 ss.; SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 351 ss. Nella giurisprudenza v. Cass. S.U. 8 novembre 1971, n. 3147 in *Giust. civ.*, 1972, p. 1639; App. Roma, 8 ottobre 1952 in *Dir. mar.*, 1953, p. 242; Trib. Roma, 2 maggio 1963, in *Giust. civ.*, 1964, p. 698.

⁹¹ V. BALLARINO, *op. cit.*, p. 44.

c) Un ultimo orientamento riteneva che legge regolatrice delle società avrebbe dovuto ricavarsi in via d'interpretazione dalla formulazione degli abrogati artt. 2505-2510 cod. civ. Al riguardo bisogna, però, distinguere due costruzioni.

Una prima tesi riscontrava nell'art. 2505 una norma unilaterale per l'applicazione della legge italiana al verificarsi di uno dei criteri di collegamento da essa contemplati (localizzazione della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale in Italia)⁹². Per quanto riguarda, invece, le società non soggette alle legge italiana si rilevava che l'esistenza nel nostro ordinamento di norme sulle società straniere, ancorché priva di carattere internazionalprivatistico, avrebbe avuto per presupposto il riconoscimento di tali società⁹³. Il riconoscimento si sarebbe posto, infatti, come precondizione per l'applicazione della normativa stessa.

Secondo la costruzione del Santa Maria, invece, già nel sistema originario del codice del 1942 sarebbe stata individuabile una norma di conflitto bilaterale basata sul criterio del luogo di costituzione⁹⁴. L'A. sosteneva, infatti, che le disposizioni di cui agli artt. 2505-2510 avrebbero dovuto essere scisse in due gruppi di norme: «da un lato ... l'art. 2509 che si riferisce alle società costituite in Italia e operanti all'estero, dall'altro ... gli artt. 2505, 2506, 2507 e 2508, tutti contemplanti l'ipotesi opposta di società costituite all'estero che operino, con diversa intensità di contatti, in Italia». La funzione della distinzione stava nel fatto che «alla norma contenuta nell'art. 2509, per cui le società costituite in Italia sono regolate dalla legge

⁹² V. CARUSO, *op. cit.*, pp. 62 ss. In senso analogo V. LEANZA, *op. cit.*, pp. 693 ss.

⁹³ V. CARUSO, *cit.*, pp. 148 ss.

⁹⁴ V. SANTA MARIA, *op. cit.*, pp. 90 ss. Criterio del luogo di costituzione che, precisa ulteriormente l'A. andrebbe «inteso senso di luogo in cui si perfeziona il processo costitutivo e la società viene ad esistenza». In senso conforme v. BARILE, *Considerazioni sul concorso fra cittadinanza italiana e una o più cittadinanze straniere in tema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, pp. 393 ss.

italiana», avrebbe dovuto corrispondere «una norma implicita negli altri articoli, volta a stabilire che, di regola, le società costituite all'estero sono soggette alla legge del luogo di costituzione»⁹⁵. Mentre il precetto di cui all'art. 2505 avrebbe introdotto una norma di applicazione necessaria che fungeva da limite al funzionamento della norma di diritto internazionale privato individuata.

⁹⁵ SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 98.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ STRANIERE E PSEUDO-STRANIERE NEL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. I criteri di collegamento in materia societaria: teoria della costituzione vs. teoria della sede reale. – 2. La riforma del diritto internazionale privato e l'introduzione di una norma di conflitto espressa in materia di società: l'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218. – 3. Ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25. – 4. Ambito di applicazione per materia della *lex societatis*. – 4.1. Questioni disciplinate dalla legge regolatrice dell'ente. – 5. Legge applicabile alle fattispecie estranee all'ordinamento italiano. – 6. L'applicazione della legge italiana alle società aventi in Italia la «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa. – 6.1. La «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa. – 6.2. Disposizioni della legge italiana applicabili alle società straniere. – 6.3. Tipologia di norme applicabili alle società straniere aventi la «sede reale» in Italia. – 6.4. Modalità di adempimento dell'obbligo di adeguamento al diritto italiano: il verbale di deposito negli atti di un notaio italiano. – 6.5. Conseguenze della mancata iscrizione nel registro delle imprese.

1. I criteri di collegamento in materia societaria: teoria della costituzione vs. teoria della sede reale.

Come è emerso dalla ricostruzione storica effettuata nel capitolo precedente il sistema di diritto internazionale privato delle società delineato dal codice del 1942 fu il risultato di una lenta (e discontinua) apertura del nostro ordinamento all'accoglimento dei valori giuridici stranieri che, già a partire dalla legislazione del codice di commercio del 1882, portò all'affermazione del principio del generale riconoscimento delle società

straniera. Principio che non è mai stato messo in discussione dalla legislazione successiva.

Oggetto di vivace dibattito durante la vigenza del codice del 1942 fu invece (ed è ancora oggi) la scelta del criterio di collegamento ottimale per la determinazione della legge regolatrice delle società che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento che le ha create. Scelta che, come vedremo, è stata, sia pure con qualche incertezza, operata dalla riforma del diritto internazionale privato del 1995⁹⁶.

Al riguardo la dottrina e la giurisprudenza hanno creato una complessa varietà di teorie⁹⁷ che possono raggrupparsi nel seguente quadro.

A) Teoria della costituzione (nella terminologia anglosassone *incorporation theory*): secondo tale teoria, caratteristica degli ordinamenti anglosassoni, gli *internal affairs* di una società sono regolati dalla «legge del luogo ove si verificano quegli eventi empirici dall'avverarsi dei quali la stessa legge fa dipendere la costituzione della società»⁹⁸. Tale legge coinciderà di regola con quella dello Stato nel cui territorio è situata la sede statutaria della società e in cui devono eseguirsi le formalità per la registrazione dell'ente⁹⁹. Con riferimento all'Europa la *incorporation doctrine*

⁹⁶ V. l'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato».

⁹⁷ Sui criteri di collegamento in materia societaria v. in generale BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. B. Portale, Torino, Utet, 1994, pp. 9 ss.; LOUSSOUARN-BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, pp. 265 ss.; BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, pp. 30 ss.; LEFEBVRE D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 4 ss., ove tra l'altro ampi riferimenti bibliografici; DICEY-MORRIS, *On the Conflict of Laws*, v. II, 2000, pp. 1103 ss.; KEGEL-SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, 2004.

⁹⁸ Così, SANTA MARIA, *Commento sub. art. 25*, in *Commentario della legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 1039. V., anche, CHEFFINS, *Company Law – Theory, Structure and Operations*, Oxford, 1997, pp. 427 ss.; DICEY-MORRIS (nt. 2), pp. 30 ss.

⁹⁹ E', infatti, raro che un ordinamento consenta ad una società costituita d'accordo con la propria legge di fissare *ab origine* la sede statutaria al di fuori del proprio territorio. Sul punto v. LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistici*, sez. comm.,

si sviluppò dapprima in Inghilterra a partire dal diciannovesimo secolo e fu utilizzata per supportare la politica espansionista di quel Paese. In primo luogo, infatti, essendo l'Inghilterra a quei tempi il principale Paese esportatore di capitali, vi era la decisa volontà della Corona di estendere l'applicazione del diritto inglese anche ai Paesi d'oltre mare ove operavano le società incorporate in patria¹⁰⁰; in secondo luogo, anche gli stessi investitori inglesi erano fortemente interessati a continuare ad operare all'estero secondo una legislazione loro familiare¹⁰¹. Negli Stati Uniti, invece, la teoria dell'incorporazione nacque come creazione giurisprudenziale ad opera delle Corti federali che elaborarono la c.d. *internal affairs rule*, tutt'ora vigente, secondo la quale gli *internal affairs* di una società sono regolati dalla legge dello stato di incorporazione¹⁰². La costituzione americana, infatti, a differenza del Trattato CEE, non riconosce espressamente la libertà di stabilimento alle società e il conseguente mutuo riconoscimento delle stesse. Tale riconoscimento è stato allora ricostruito mediante interpretazione estensiva del quattordicesimo emendamento del 1868 contenente il principio

XIV, Torino, 1997, p. 147. V., anche, BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, terza ed., Padova, 1999, p. 366, che arriva addirittura ad affermare che «tutte le leggi del mondo escludono la creazione nel proprio ordinamento giuridico di società aventi la sede al di fuori dei limiti del potere di imperio dello Stato». Difficoltà di individuazione della legge applicabile si pongono, invece, rispetto agli enti non personificati per i quali non sia richiesta un'attività certificativa da parte di una qualsivoglia autorità amministrativa (per esempio, atto pubblico o obbligo di registrazione presso un pubblico registro delle società) e che vengono, dunque, ad esistere per effetto della mera stipulazione di un contratto (anche non scritto) tra i soci o come conseguenza dell'esercizio in concreto di una attività di impresa.

¹⁰⁰ BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2003, p. 123.

¹⁰¹ Sul punto v. GROSSFELD, *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, seconda edizione, 1995, p. 43. Cfr., anche, CATH, *Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market*, in *Yearbook of European Law*, 1986, p. 251, ove si rileva come «*the theory of incorporation is especially popular in countries with a long-standing commercial maritime tradition where an open attitude to trade is expected to be met with reciprocity, as opposed to the more mercantilist attitude adopted in other countries*».

¹⁰² Le origini della *internal affairs rule* sono molto dibattute nella dottrina americana. Sul punto v., BUXBAUM, *The Origins of the American "Internal Affairs" Rule in the Corporate Conflict of Laws*, in Hans-Joachim Musielak & Klaus Schurig (eds.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, 1987, p. 75; TUNG, *Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine*, in *Iowa Journal of Corporate Law*, 2006, pp. 33 ss.

di uguaglianza e dell'art. 1, *section 8, clause 3*, della costituzione relativo alla c.d. «*inter-state commerce clause*» che attribuisce al Congresso il potere di regolare il commercio fra gli Stati membri dell'Unione¹⁰³. Tra gli *internal affairs* rientrano questioni quali la costituzione, l'amministrazione, il controllo, i poteri dei soci e l'organizzazione strutturale e finanziaria della società¹⁰⁴. Il principio della *lex incorporationis* viene essenzialmente giustificato in base ad esigenze di certezza del diritto.

La teoria dell'incorporazione presenta evidenti vantaggi per i fondatori di una società poiché consente loro di scegliere liberamente il sistema di diritto societario ritenuto più coerente, che resterà invariato per tutta la vita della società a prescindere tanto dal luogo in cui l'attività verrà effettivamente esercitata quanto da quello in cui la società sarà in concreto amministrata. Gli unici limiti alla libertà di scelta consistono da un lato nell'obbligo di scegliere, almeno in sede di costituzione, la legge del Paese che ha proceduto alla personificazione dell'ente¹⁰⁵ e dall'altro dal divieto di effettuare il c.d. *cherry picking*, ossia dal divieto di scegliere alcune regole di un ordinamento e altre regole di un altro ordinamento¹⁰⁶. La scelta comporterà, dunque, l'applicazione dell'intero «pacchetto» dell'ordinamento prescelto.

¹⁰³ V., CONARD, *Federal Protection of Free Movement of Corporations*, in *2 Courts and Free Markets*, Eds. Terrance Sandalow, Stein, Oxford, 1982, p. 365.

¹⁰⁴ V., GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. USA*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 145.

¹⁰⁵ A quanto consta, infatti, tutti gli ordinamenti condizionano il conferimento della personalità giuridica alla iniziale sottoposizione dell'ente alle leggi dello Stato di costituzione. Nessun ordinamento, infatti, adotta in materia di società una regola del tenore «le società sono regolate dalla legge scelta dalle parti». Mentre il criterio della libertà di scelta delle parti è quello generalmente adottato in materia di obbligazioni contrattuali. Si veda, per esempio, l'art. 3 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

¹⁰⁶ V. ENRIQUES-GELTER, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, working paper, 2006, p. 9, reperibile su ssrn.com.

La teoria dell'incorporazione presenta inoltre l'ulteriore vantaggio di essere più rispettosa della volontà dei soci fondatori, di dare maggiore certezza ai rapporti giuridici e di rendere più facilmente prevedibili le regole e gli *standard* che governano la società a tutela tanto dei soci quanto di coloro che entrano in contatto con la società.

La teoria dell'incorporazione consente la libertà di scelta dell'ordinamento societario ritenuto più attraente, non soltanto in via originaria mediante la costituzione di una società pseudo-straniera, ma anche in via successiva attraverso gli strumenti del trasferimento della sede legale all'estero e della fusione transfrontaliera (sempre che tanto lo Stato di uscita quanto quello di entrata consentano tali operazioni)¹⁰⁷.

Per questo motivo la teoria della costituzione costituisce il presupposto per la creazione di un «mercato delle regole». Tale locuzione va intesa in un duplice senso. Da un lato, e ponendosi dal punto di vista delle imprese, nel senso di *lex shopping*, ossia di scelta dell'ordinamento ritenuto più attraente. Dall'altro, e ponendosi dal punto di vista dei regolatori, nel senso di competizione tra gli ordinamenti giuridici nell'offerta dei modelli societari, i quali potrebbero aver interesse da un lato a che i propri cittadini non vadano a costituire le società all'estero e dall'altro (ma solo eventualmente) a promuovere l'utilizzo dei propri modelli societari. Ciò probabilmente, oltre che per un problema di reputazione del sistema, anche perché la fuga dei cittadini dai modelli societari locali, qualora raggiunga

¹⁰⁷ Per società pseudo-straniere si intendono quelle società che, benché costituite sotto la legge di un determinato ordinamento, esercitano la propria attività esclusivamente in un altro ordinamento e che, dunque, dal punto di vista dell'ordinamento in cui esercitano la propria attività si presentano come straniere da un punto di vista meramente formale (per esempio una *private limited company* inglese che esercita la propria attività esclusivamente in Italia attraverso lo stabilimento di una sede secondaria nel nostro Paese). In generale, sul problema delle società pseudo-straniere v., LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, in *65 Yale Law Journal*, 1955, pp. 137 ss.

certe dimensioni , potrebbe avere un effetto economico negativo in termini di perdita di clientela per i professionisti locali (soprattutto gli avvocati)¹⁰⁸.

Il fenomeno è particolarmente diffuso negli Stati Uniti dove, come è noto, un'ampia percentuale delle grandi *corporations* hanno sede nello Stato del Delaware, che da ormai più di un secolo è considerato l'ordinamento societario più attraente per le società di grandi dimensioni^{109 110}.

¹⁰⁸ V., ENRIQUES, *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, pp. 145 ss., il quale dimostra, invece, che la concorrenza fra ordinamenti societari non ha in effetti alcuna interrelazione con l'obiettivo di trattenere o attrarre gli investimenti stranieri.

¹⁰⁹ E' stato stimato che nel 2000 il 58,44 per cento delle società che figurano nella lista delle «*Fortune 500*» avevano sede nel Delaware e che il 62,55 per cento delle società che si sono quotate tra il 1996 e il 2000 hanno scelto di incorporarsi o reincorporarsi in Delaware. Per questi dati v. BEBCHUCK-COHEN-FERRELL, *Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law*, in 90 *California Law Review*, 2002, pp. 1175 ss. Lo strumento giuridico utilizzato dalle *corporations* americane per le reincorporazioni in Delaware è la fusione transfrontaliera, ed in particolare la costituzione da parte della società che desidera trasferire la propria sede in un altro Stato di una società veicolo nello Stato di stabilimento con la quale la prima società si fonderà. Le ragioni per cui il Delaware è considerato lo Stato più attraente sono oggetto di un ampio dibattito scientifico e sono generalmente indicate nella esistenza di leggi che proteggono il *management* della società dalle interferenze dei piccoli gruppi di *outsiders*, nella presenza di tribunali particolarmente specializzati nel diritto delle società e nella stratificazione di un numero di precedenti tale da poter garantire a chi di quella legge si avvale una maggiore certezza del diritto.

¹¹⁰ La letteratura sulla c.d. sindrome del Delaware è immensa e si sofferma per lo più sulla *quaestio*, originata da due celebri studi di Cary e Winter, se questa competizione porti a una *race to the top* o piuttosto ad una *race to the bottom* (o nelle parole del giudice Brandeis ad una *race of laxity*) e ed in particolare se la libera scelta della legge regolatrice della società abbia effetti positivi o negativi in termini di massimizzazione della ricchezza degli azionisti. Al riguardo, mentre alcuni studiosi ritengono che tale libertà di scelta danneggi gli azionisti in quanto gli Stati, spinti dall'interesse a percepire i maggiori introiti che deriverebbero dall'attrazione di incorporazioni nel proprio Stato (c.d. *franchise taxes*) sarebbero incoraggiati ad introdurre regole particolarmente favorevoli per i manager a spese degli azionisti al fine incentivare i primi a reincorporarsi nel loro territorio, altri ribattono che l'effetto della competizione tra ordinamenti giuridici sia, piuttosto, quello di spingere i manager a cercar gli ordinamenti societari più efficienti con conseguente vantaggio per gli azionisti. Per approfondimenti su tale questione si vedano, *multis*, CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in *Yale Law Journal*, 1974, pp. 663 ss.; WINTER, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 *J. Legal Studies*, 1977, pp. 251 ss.; ID., *The Race to the Top Revisited*, in 89 *Columbia Law Review*, 1989, pp. 1526 ss.; ROMANO, *The State Competition Debate in Corporate Law*, in *Cardozo Law Review*, 1987, pp. 709 ss.; EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, pp. 221 ss.; BEBCHUCK, *Federalism and the Corporation: the Desirable Limits on State Competition in Corporate Law* in *Harvard Law Review*, 1992, pp. 1443 ss.; LOEWENSTEIN, *Delaware as Demon: Twenty-Five Years after Professor Cary's Polemic*, in *University of Columbia Law Review*, 2000, pp. 123 ss; FLUCK-MAYER, *Race to the Top or Bottom? Corporate Governance, Freedom of Reincorporation and Competition in Law*, working paper n. 90/2005, in *ssrn.com*. Sulla possibilità di un effetto Delaware anche in Europa a seguito delle recenti decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di libertà di stabilimento

Gli ordinamenti che adottano la teoria dell'incorporazione non restano, in genere, completamente indifferenti al fenomeno delle società pseudo-straniere ma dettano spesso regole specifiche (c.d. *pseudo-foreign corporations statutes*) al fine di evitare il potenziale danno reputazionale che potrebbe conseguire dalla diffusione di mere *mail box companies* costituite in ordinamenti con una legislazione meno severa che non tutelino in maniera adeguata le varie categorie di soggetti che instaurano relazioni contrattuali con la società (soprattutto creditori, lavoratori e fisco, ma anche i soci nei confronti degli amministratori e i soci di minoranza nei rapporti con i soci di maggioranza). Per esempio, come si avrà modo di vedere in seguito, norme contro le società pseudo-straniere sono previste in gran parte degli ordinamenti comunitari che adottano la teoria della costituzione (tra i quali l'Italia, il Regno Unito, la Danimarca, l'Olanda) e in alcuni ordinamenti degli Stati Uniti (in particolare nello Stato di New York¹¹¹ e in quello della California)¹¹².

v., multis, ENRIQUES, *EC Company Law and the Fear of a European Delaware*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 207 ss.; DAMMAN, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community*, 2003, reperibile su ssrn.com. Nella letteratura in lingua italiana v., ex multis, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Andrea Zoppini, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2004.

¹¹¹ Con riguardo allo Stato di New York, il giudice Cardozo già nel 1915 trovatosi di fronte ad un caso di *pseudo-foreign corporation* affermò che «*when countless corporations, organized on paper in neighboring states, live and move and have their being in New York, a sound public policy demands that our Legislature be invested with this measure of control*». V., la decisione della Court of Appeals di New York nel caso *German-American Coffee Co. v. Diehl*, in 216 N.Y. 57, 109 N.E. 875

¹¹² E' interessante richiamare l'esistenza di un certo numero di precedenti nei quali le corti statunitensi hanno abbandonato il principio della «*law of incorporation*» ed hanno applicato in via equitativa la legge del luogo in cui è situato il centro amministrativo dell'ente. In California, addirittura, la *section 2115* del *California Corporations Code* introdotta nel 1977 impone espressamente l'applicazione di molti aspetti del proprio diritto societario alle società pseudo-straniere che svolgono la propria attività di impresa in via prevalente in California (specialmente in tema di poteri degli azionisti e di responsabilità degli amministratori). Può essere interessante notare che le Corti del Delaware si sono sempre rifiutate di applicare la *section 2155* alle società costituite nel Delaware (v., per esempio, la decisione del 2005 della Corte Suprema del Delaware nel caso *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen Inc.*, reperibile su www.westlaw.com). Il fatto che il Delaware e la California applichino un approccio diametralmente opposto in questa materia potrebbe dar luogo in futuro a gravi incertezze se si considera che gli Stati in questione sono tra quelli che attraggono più incorporazioni negli Stati

Gli ordinamenti che prevedono questi *pseudo-foreign corporations statutes*, dunque, da un lato consentono l'esportazione della propria legge societaria mentre dall'altro limitano l'importazione della legge societaria straniera. Si può parlare al riguardo di teoria della costituzione in senso «asimmetrico» per distinguerla dalla versione «pura» nella quale queste regole contro le società pseudo-straniere non sono presenti¹¹³.

B) Teoria della sede reale (*Sitztheorie* o *siège réel*): come si è visto nel primo capitolo, di fronte all'«internazionalismo economico» inglese di fine ottocento, molti Stati europei nei quali le attività commerciali erano assai meno sviluppate, elaborarono forme di «nazionalismo giuridico» dirette, da un lato, ad arginare la penetrazione economica straniera (inglese in particolare) ritenuta pericolosa per gli interessi economici nazionali, e dall'altro ad esercitare un controllo più stringente sulle società commerciali inserite nel proprio sistema economico.

Lo strumento giuridico utilizzato per il perseguimento di questi interessi fu l'affermazione del principio dell'esclusione del riconoscimento degli enti collettivi stranieri.

Sebbene oggi il principio del riconoscimento delle società straniere sembri essere fuori discussione nei principali ordinamenti, forme di nazionalismo giuridico sono ciò nonostante presenti in numerosi ordinamenti e sono dirette principalmente a contrastare il fenomeno delle società pseudo-straniere. Lo strumento oggi utilizzato a tal fine è appunto la

Uniti. Sul punto v., anche, STEVENS, *Internal Affairs Doctrine: California versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com; DRURY, *The Delaware Syndrome from a European Perspective*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 9 ss.; RIBSTEIN, *Big surprise: Delaware applies the internal affairs rule*, 2005, reperibile su http://busmovie.typepad.com/ideoblog/2005/05/big_surprise_de.html; EHRENZWEIG, *Conflict in a Nutshell*, second edition, St. Paul (Minnesota), 1970, p. 138.

¹¹³ Questa definizione è di ENRIQUES-GELTER, (nt. 11), p. 7, sebbene con riferimento alla teoria della sede reale.

c.d. teoria della sede reale¹¹⁴ secondo cui gli *internal affairs* di una società sono regolati dalle norme proprie dell'ordinamento nella cui giurisdizione l'ente è concretamente amministrato (sede amministrativa) o esercita effettivamente la propria attività di impresa (oggetto principale dell'impresa)¹¹⁵.

L'imposizione della legge nazionale del paese della sede si giustifica sulla base del preminente interesse economico di tale paese ad applicare la propria legge ad enti stranieri che siano in stretto contatto con il proprio territorio. Ciò, da un lato al fine di impedire che fondatori di una società possano sottrarsi all'osservanza delle proprie leggi nazionali mediante la costituzione di una società pseudo-straniera, e dall'altro al fine di tutelare la posizione dei propri cittadini ed impedire che gli stessi possano subire un pregiudizio dal contrattare con enti soggetti a regimi di diritto societario che prevedono una tutela inferiore rispetto a quella concessa dal Paese della sede (si pensi alle regole poste a tutela dei creditori sociali quali, ad esempio, quelle in materia di responsabilità degli amministratori, di superamento del velo societario o sul capitale sociale minimo¹¹⁶, ma anche alle regole non propriamente appartenenti al diritto societario ma la cui applicazione

¹¹⁴ La dottrina della *siège reel* si sviluppò, come visto nel capitolo precedente, dapprima in Belgio verso la seconda metà del diciottesimo secolo per contrastare la crescente influenza dell'economia francese in quel Paese. Successivamente, la medesima dottrina fu applicata in Francia come strumento per bloccare il fenomeno della costituzione di società in Belgio o in Inghilterra da parte di cittadini francesi al fine di aggirare l'applicazione del più severo diritto societario francese. V., anche, *supra*, cap. 1, par. 2.

¹¹⁵ In argomento v. BALLARINO, (nt. 2), pp. 10 ss.; KEGEL-SCHURIG, (nt. 2), pp. 45 ss.; DAMMAN, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community*, 2003, *working paper*, reperibile su ssrn.com; LEFEBVRE D'OVIDIO, (nt. 2), pp. 4 ss.

¹¹⁶ Per quanto riguarda in particolare l'istituto del capitale sociale non si può non ricordare come da più parti sia stata messa in discussione l'utilità di questo istituto come strumento di protezione dei creditori. V., per esempio, ENRIQUES-MACEY *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules* in, *Cornell Law Review*, 2001, pp. 1165 ss.

consegue dall'individuazione di un determinato diritto societario, come nel caso della *Mitbestimmung* tedesca).

Per sede reale può intendersi in via di prima approssimazione, un collegamento effettivo dell'ente con la vita economica e sociale di un dato territorio che viene spesso identificato con la presenza dell'amministrazione centrale o dell'oggetto principale dell'impresa in quel territorio. Il concetto, comunque, varia spesso da un paese all'altro. Vale la pena di avvertire che l'applicazione di tale criterio può risultare talora non facile. Infatti, la diffusione dei moderni mezzi di telecomunicazione e la globalizzazione delle imprese rendono alle volte quanto meno discutibile la concreta individuazione della «sede dell'amministrazione» (specialmente nel caso di decentramento delle strutture amministrative) o di qualsiasi altro criterio di collegamento effettivo, rischiando quindi di mettere in crisi la corretta applicazione del principio della sede¹¹⁷. Si pensi, per esempio, all'impresa italiana che delocalizza in Cina l'intera produzione che vende in tutto il mondo, lasciando in Italia soltanto la sede sociale e pochi uffici. O si pensi ancora ad una multinazionale a capitale diffuso il cui «nocciolo duro» della proprietà sia costituito da accordi tra fondi di private equity la cui nazionalità non sempre è di facile individuazione. Nei casi citati, ed in tanti altri casi, l'applicazione del criterio della sede effettiva risulta di difficile applicazione. Ciò significa che qualora si voglia conservare il criterio della sede reale esso dovrebbe essere rivisto in modo tale da fornire dei parametri che consentano di determinare con certezza il suo ambito di applicazione (per esempio, valore delle proprietà possedute in un determinato territorio,

¹¹⁷ Sul punto v., anche, PORTALE-TOMBARI, *OPA transnazionale e decentramento delle strutture di governance*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, pp. 308 ss., i quali riportano il caso della Daimler-Chrysler AG, avente la sede legale a Stoccarda in Germania e le strutture amministrative operative situate in parte a Stoccarda e in parte nel Michigan.

calcolo dei ricavi derivanti dalle vendite in un determinato Stato, residenza dei possessori dei diritti di voto etc.).

Negli ordinamenti che adottano la teoria della sede l'atteggiamento nei confronti delle società pseudo-straniere è assai duro. Tali ordinamenti, infatti, nell'intento di comprimere o impedire del tutto la libertà dei fondatori di una società di aggirare le proprie regole e di scegliere un ordinamento ritenuto più attraente, negano l'accesso alle società in questione o attraverso un procedimento di *disqualification* o assoggettandole (in maniera più o meno pregnante) alla propria giurisdizione nel caso in cui siano di fatto amministrate nel proprio territorio o perseguano lì l'oggetto principale della loro impresa¹¹⁸.

Nella prima (e più grave) ipotesi, che trova il suo esempio più eclatante nella *Sitztheorie* tedesca o nella *teoria della sede real* spagnola¹¹⁹, si pone addirittura un problema di riconoscimento¹²⁰. Infatti, sotto tale più rigido approccio, di fronte al tentativo di fuggire dall'applicazione delle regole dello Stato della sede mediante la creazione in via originaria o in via successiva di una società pseudo-straniera la reazione di quest'ultimo sarà: 1) il non riconoscimento dell'esistenza dell'ente straniero, che sarà trattato come una *partnership* di diritto interno con conseguente responsabilità

¹¹⁸ I francesi parlano al riguardo di «*lutte contre la fictivité du siège*». V., LOUSSOURAN-BERDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, p. 270.

¹¹⁹ V., DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, pp. 1 ss., il quale, con riferimento all'obbligo delle società aventi la sede reale in Spagna di ricostituirsi secondo la legge spagnola, afferma che «*la doctrina coincide en indicar que la sanción consiste en el no reconocimiento de la sociedad, lo cual lleva consigo, en aplicación del los principios generales del Derecho de sociedades, la aplicación del las normas reguladoras de la sociedad general de comercio, esto es, de la sociedad colectiva, con las graves consecuencias que esta aplicación puede comportar*».

¹²⁰ Un analogo atteggiamento di ostilità nei confronti delle società pseudo-straniere si riscontrava anche in Austria. Tuttavia, a partire dal 1999 la Corte Suprema austriaca ha cambiato rotta e ha abbandonato il principio del non riconoscimento in vigore fino ad allora. V., HIRTE, *L'evoluzione del diritto delle imprese e delle società in Germania negli anni 1998 e 1999*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 595.

illimitata dei soci; 2) il divieto, conseguente al non riconoscimento, di accedere alla giustizia nello Stato della sede reale e di registrare lì una sede secondaria ove ciò fosse necessario. In sostanza, ai soci non resterà altra strada se non la ricostituzione della società nel Paese della sede.

Nella seconda ipotesi, invece, un problema di riconoscimento vero e proprio delle società non si pone neppure ma viene semplicemente imposta l'applicazione (integrale o parziale) della legge del Paese della sede che andrà a sovrapporsi o ad integrare quella del Paese di costituzione. Anche se, per vero, l'imposizione della legge dello Stato della sede può, nel caso in cui questa legge risulti radicalmente incompatibile con quella del Paese di costituzione, portare di fatto alla necessità di ricostituzione dell'ente.

Un interessante riferimento può essere fatto alla situazione del Giappone che ha recentemente cambiato il proprio atteggiamento nei confronti delle società pseudo-straniere. Infatti, il primo comma dell'art. 821 del nuovo *Corporations Code* ha addirittura stabilito che, a partire dall'entrata in vigore della legge di riforma del diritto societario, le società pseudo-straniere (*giji gaioku-gaisha*)¹²¹ «cannot do business in Japan», mentre il secondo comma prevede che «if a pseudo-foreign company should damage a client as a result of a transaction, the individuals of the pseudo-foreign company must compensate the damages»¹²². In altre parole l'effetto della nuova riforma sarà il non riconoscimento assoluto delle società pseudo-straniere. Questa norma ha ricevuto molte critiche al livello diplomatico e delle istituzioni finanziarie. Soprattutto perché, se si considera che la prassi degli investitori stranieri operanti in Giappone è stata, già a partire dai primi del Novecento, quella di

¹²¹ L'art. 821 definisce le società pseudo-straniere come le «companies incorporated outside of Japan but primary operations are based in Japan».

¹²² In argomento v. HAYAKAWA, *Japanese Regulations against Foreign Corporations and Global Competition in Corporate Law*, in *An Economic Analysis of Private International Law*, a cura di Jürgen Basedow e Toshiyuki Kono, Mohr Siebeck, 2006, pp. 233 ss.

operare tramite lo stabilimento di una sede secondaria di una società costituita all'estero e non tramite la costituzione di società di diritto locale, l'effetto della riforma potrebbe creare gravissimi problemi di *legal compliance* con conseguente fuga degli investitori dal Paese. Inoltre, storicamente il Giappone ha sempre aderito alla teoria della costituzione, ragion per cui un certo numero di imprese multinazionali operavano in quel Paese per mezzo di società pseudo-straniere costituite in ordinamenti ritenuti più favorevoli (per esempio, le Isole Cayman). Anche sotto questo profilo la riforma in esame rischia di creare grossi problemi attuativi.

Anche la teoria della sede può essere simmetrica o asimmetrica. Nel primo caso un ordinamento condiziona la scelta della propria legge societaria allo stabilimento della sede reale nell'ambito del proprio territorio e, dunque, autolimita l'esportazione del proprio diritto societario (per esempio, la Germania). Nel secondo caso manca, invece, tale autolimitazione e l'ordinamento consente l'esportazione della propria legge societaria a prescindere dal luogo in cui sia situata la sede reale¹²³.

La scelta teoria della sede reale *versus* teoria della costituzione presenta anche divergenze sotto il profilo dei costi di informazione almeno con riguardo alle società pseudo-straniere. Si prenda il caso di una società costituita nel Regno Unito ma operante esclusivamente in Italia. La teoria della costituzione riduce i costi, anche relativi alle parcelle degli avvocati, che un soggetto familiare con il diritto inglese dovrebbe affrontare per costituire una società di diritto locale quando opera in Italia, e quindi anche sotto questo profilo si presta di più per ordinamenti esportatori di capitali.

La teoria della sede reale, invece, imponendo la ricostituzione secondo la propria legge di tutte le società che operano in via principale nel

¹²³ V. ENRIQUES-GELTER (nt. 11) p. 7.

proprio ordinamento tutela i propri cittadini contro i costi che dovrebbero affrontare entrando in contatto con una società regolata da una legge ad essi non familiare, e si presta quindi anche sotto questo profilo per Paesi ad economie più chiuse.

L'adesione degli ordinamenti giuridici all'uno piuttosto che all'altro dei due criteri di collegamento esaminati ha l'effetto di provocare, nel caso di alcune operazioni a carattere transfrontaliero, problemi di continuità giuridica degli enti interessati che possono concretarsi o in situazioni di duplice appartenenza (conflitti positivi di nazionalità) o nella perdita di personalità giuridica (conflitti negativi di nazionalità).

Nella prima ipotesi, più Stati considerano una medesima società sottoposta integralmente alla propria legge, mentre nel secondo caso una società sarà considerata sottoposta da uno Stato alla legge di un altro e viceversa¹²⁴. Al riguardo sembra possibile distinguere le seguenti situazioni: a) trasferimento della sede sociale all'estero senza trasferimento della sede reale; b) spostamento all'estero della sede reale senza trasferimento della sede sociale; c) trasferimento all'estero sia della sede sociale che di quella reale; d) fusioni transfrontaliere. Cerchiamo di analizzare gli effetti delle suddette operazioni in considerazione delle possibili forme di «contatto» tra i criteri di collegamento finora esposti. Prima di fare ciò, occorre però precisare che sebbene saranno considerati soltanto i casi in cui la teoria della costituzione e il criterio della sede reale siano adottati nella loro forma pura e bilaterale, nella realtà i criteri di collegamento in questione vengono più spesso temperati da eccezioni che ne modificano in modo radicale il meccanismo di funzionamento. Inoltre, bisogna ricordare che la situazione

¹²⁴ V. RAMONDELLI, *Società costituite all'estero*, in *Imprese e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, Milano, 1990, p. 232.

può ulteriormente complicarsi quando gli ordinamenti coinvolti accolgano il c.d. principio del rinvio. In quest'ultima ipotesi, infatti, è possibile che uno Stato, sebbene adotti in via di principio il criterio della *lex incorporationis*, finisca in concreto per applicare il principio della sede reale per effetto dell'accettazione del rinvio ad una legge straniera.

a) trasferimento della sede sociale all'estero (senza trasferimento della sede reale).

Il trasferimento della sede sociale all'estero costituisce una operazione diretta al cambiamento della legge applicabile generalmente compiuta per ragioni fiscali oppure come strumento di riorganizzazione societaria in seguito ad operazioni straordinarie (fusioni, cambiamenti della proprietà etc.).

a.1. *Tanto l'ordinamento di uscita quanto quello di entrata applicano la teoria della costituzione.* Il trasferimento della sede sociale all'estero comporterà, in linea di principio, un cambiamento della legge applicabile per entrambi gli stati interessati (cessazione dell'applicazione della legge dello stato di uscita ed applicazione della legge dello stato di entrata). Si porranno, tuttavia, problemi nel determinare se vi sia o meno continuità tra la due entità. La questione potrà essere risolta in senso positivo qualora entrambi gli stati siano d'accordo nel consentire tale continuità;

a.2. *Lo stato di uscita applica la teoria della costituzione mentre quello di entrata prevede il criterio della sede reale.* In questo caso si avrà una perdita della personalità giuridica della società. Infatti, lo stato di uscita tratterà il trasferimento della sede sociale come scioglimento dell'ente a meno che non consenta la continuità dello stesso mentre lo stato di arrivo non considererà tale operazione sufficiente per conferire la personalità giuridica all'ente il

quale potrebbe divenire assoggettato alla più grave disciplina delle società di persone;

a.3. *Lo stato di uscita applica la teoria della sede reale mentre lo stato di arrivo applica la teoria della costituzione.* Lo stato di uscita tratterà il trasferimento della sede sociale come uno scioglimento della società con la conseguenza della probabile applicazione della disciplina delle società di persone per l'eventuale ulteriore attività compiuta in tale stato. Lo stato di entrata, invece, conferirà personalità giuridica all'ente assoggettandolo alla propria legge;

a.4. *Sia lo stato di uscita che quello di entrata applicano la teoria della sede reale.* Anche in questa ipotesi non si avrà continuità giuridica della società. Infatti, lo stato di emigrazione imporrà lo scioglimento della società con conseguente applicazione della disciplina sulle società personali per l'eventuale attività svolta nel paese della sede reale. Mentre lo stato di spostamento della sede sociale considererà tale operazione insufficiente ai fini del riconoscimento della personalità giuridica ed assoggetterà la società alla propria disciplina sulle società di persone;

b. *Spostamento all'estero della sede reale senza trasferimento della sede sociale.*

Questa fattispecie fa riferimento al caso in cui una società sposti la sua attività di impresa, il suo oggetto principale o la sua sede effettiva in un ordinamento diverso da quello che le ha dato vita come ente di diritto, mantenendo, tuttavia, in quest'ultimo la propria sede sociale. Si pensi al caso di una società di costruzioni che opera nel settore delle grandi opere pubbliche la quale può ritrovarsi nella situazione di dover spostare di fatto tutta la sua attività di impresa (di costruzioni) in continuazione nei vari Paesi nei quali si aggiudica gli appalti. O si pensi ancora all'ipotesi di una

società che, a seguito di un trasferimento del controllo, si ritrovi controllata da soci stranieri che nominano nuovi organi amministrativi residenti all'estero, determinando così un probabile spostamento della sede effettiva della società¹²⁵.

b.1. *Tanto l'ordinamento di uscita quanto quello di entrata applicano la teoria della costituzione.* L'operazione non avrà alcuna conseguenza per entrambi gli stati interessati essendo irrilevante in base alla teoria della costituzione il collegamento effettivo della società con il territorio di uno Stato diverso da quello di costituzione.

b.2. *Lo stato di uscita applica la teoria della costituzione mentre quello di entrata prevede il criterio della sede reale.* In questo caso, poiché sia lo stato di uscita che quello di entrata pretenderanno di applicare la propria legge, la società potrebbe ritrovarsi una doppia nazionalità (c.d. società bipolide). Inoltre, lo Stato di entrata imporrà l'applicazione della disciplina più gravosa delle società di persone e condizionerà il riconoscimento della personalità giuridica alla ricostituzione secondo la propria legge.

b.3. *Lo stato di uscita applica la teoria della sede reale mentre lo stato di arrivo applica la teoria della costituzione.* In questa ipotesi si avrà una sorte di morte civile della società in quanto lo stato di uscita disconoscerà la personalità giuridica della società trattandola come una società di persone, mentre lo stato di arrivo considererà lo spostamento della sede reale fenomeno irrilevante dal punto di vista del diritto internazionale privato (c.d. società apolide).

b.4. *Sia lo stato di uscita che quello di entrata applicano la teoria della sede reale.*

¹²⁵ V. RIGHINI, *Strumenti giuridici e fiscali per l'internalizzazione*, Milano, 2006, p. 143.

Non si avrà continuità della società poiché lo stato di uscita tratterà il trasferimento della sede reale come scioglimento della stessa mentre lo stato di arrivo considererà il mero spostamento della sede reale insufficiente ai fini del riconoscimento della soggettività giuridica. La società verrà di conseguenza assoggettata alla disciplina delle società di persone. In tale situazione ulteriori problemi potrebbero porsi nel caso in cui gli ordinamenti interessati adottino una nozione diversa di sede reale (conflitto di qualificazioni). Si pensi all'ipotesi di una società pseudo-straniera che abbia tanto la propria sede statutaria quanto quella effettiva in due Paesi che, pur adottando entrambi il criterio di collegamento della sede reale, utilizzino differenti nozioni della stessa. L'effetto per tale società potrebbe essere a seconda dei casi tanto l'imposizione di una doppia nazionalità quanto la perdita di ogni cittadinanza;

c. Trasferimento all'estero sia della sede sociale che di quella reale.

In questa ipotesi la società spezza ogni legame con l'ordinamento sotto il quale si è costituita e si radica tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello economico in un ordinamento straniero.

c.1. Tanto l'ordinamento di uscita quanto quello di entrata applicano la teoria della costituzione. L'operazione verrà trattata come un trasferimento di sede sociale essendo irrilevante per entrambi gli stati interessati lo spostamento della sede reale. Sembra possibile, pertanto, rinviare a quanto si è detto precedentemente (punto a.1.);

c.2. Lo stato di uscita applica la teoria della costituzione mentre quello di entrata prevede il criterio della sede reale. Lo stato di uscita continuerà ad applicare la propria legge mentre lo stato di entrata considererà l'operazione come uno scioglimento nel paese di uscita ed una ricostituzione della società

sul proprio territorio con la conseguenza che non vi sarà continuità tra le due entità.

c.3. *Lo stato di uscita applica la teoria della sede reale mentre lo stato di arrivo applica la teoria della costituzione.* In questa ipotesi lo stato di uscita procederà allo scioglimento della società che ha ormai perduto ogni tipo di contatto con il proprio territorio, mentre lo stato di ingresso applicherà la propria legge in virtù dello spostamento della sede sociale sul proprio territorio. Non vi sarà, tuttavia, continuità tra le due entità.

c.4. *Sia lo stato di uscita che quello di entrata applicano la teoria della sede reale.* Questo caso sarà trattato da entrambi gli ordinamenti interessati come uno scioglimento nel paese di uscita ed una ricostituzione nel paese di entrata.

d. Fusioni transfrontaliere.

Una strategia assai facile per aggirare l'obbligo di scioglimento e ricostituzione in caso di operazioni che comportino un cambiamento della legge applicabile potrebbe essere la realizzazione di una fusione transfrontaliera. Risulterebbe, infatti, molto semplice per una società che voglia trasferire la propria sede all'estero con conseguente cambiamento della legge applicabile costituire una società veicolo nel paese di stabilimento con la quale la prima società si fonderà. Per questo motivo molti dei paesi che adottano la teoria della sede reale proibiscono le fusioni transfrontaliere (per esempio la Germania), mentre altri stabiliscono una sorta di condizione di reciprocità in base alla quale tali fusioni devono essere consentite tanto dalla legge del paese di uscita quanto da quella del paese di entrata.

Risulta evidente da quanto detto, come l'imposizione di norme di conflitto nazionali particolarmente restrittive possa recare gravi pregiudizi allo svolgimento dei rapporti commerciali internazionali, impedendo il compimento di numerose operazioni transfrontaliere. Al riguardo può essere utile segnalare una strategia efficace (anche se presumibilmente piuttosto onerosa sotto il profilo dei costi di transazione) che le parti potrebbero porre in essere per sfuggire almeno parzialmente alle conseguenze dell'applicazione delle norme di conflitto quando le ritengano non corrispondenti ai propri interessi. Il riferimento è alla possibilità di stipulare una compromesso o di inserire una clausola compromissoria nei contratti che regolano i propri rapporti avente ad oggetto la devoluzione delle eventuali controversie che dovessero insorgere ad una Corte arbitrale che applicherà le norme di conflitto ricavate dalla *lex mercatoria* o quelle scelte dalle parti. Una clausola del genere avrebbe, tuttavia, efficacia soltanto fra le parti, senza vincolare i terzi.

C) Criteri minori: sebbene i criteri di collegamento della sede e quello della costituzione (nella loro versione simmetrica o asimmetrica) siano quelli assolutamente predominanti in tutti i principali ordinamenti, altri criteri minori sono immaginabili e hanno storicamente trovato applicazione. Al riguardo può essere utile ricordare:

1) la teoria della differenziazione di Grasmann (*Differenzierungstheorie*)¹²⁶, secondo la quale i criteri di collegamento in materia societaria devono necessariamente variare in relazione ai rapporti che prendono in considerazione. In particolare, mentre i rapporti interni tra i soci devono essere informati al principio della libertà di scelta delle parti attraverso l'applicazione del criterio della costituzione, i rapporti esterni,

¹²⁶ GRASSMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrecht*, Herne-Berlin, 1970, pp. 343 ss.

ponendo in essere esigenze di tutela dei terzi, necessitano l'applicazione di criteri di collegamento ulteriori al fine della salvaguardia delle posizioni di tali terzi.

2) la teoria della sovrapposizione di Sandrock, ispirata anch'essa all'esigenza di tutela dei creditori e dei terzi che entrano in contatto con una legge straniera¹²⁷. L'A., infatti, se da un lato aderisce alla teoria della costituzione (*Gründungstheorie*), dall'altro ritiene opportuna la «sovrapposizione» alla prima del criterio della sede reale quando lo richiedano particolari esigenze di protezione dei creditori e dei terzi.

3) bisogna, infine, menzionare una serie di altri criteri che possono essere sintetizzati nell'espressione criterio «economico» in quanto fanno tutti riferimento ad elementi di fatto che valgono a creare un collegamento economico stretto della società con la struttura economica di un determinato Stato. In particolare: la nazionalità degli azionisti o del *management*, la sede delle assemblee e dei consigli di amministrazione, il luogo di sottoscrizione del capitale sociale, il paese in cui avviene l'emissione delle azioni o della maggior parte di esse¹²⁸. Tra i criteri elencati, tutti per vero ormai piuttosto desueti, un qualche interesse presenta la c.d. teoria del controllo¹²⁹ secondo la quale la nazionalità di una società, ai fini del riconoscimento della stessa nell'ordinamento che la prende in considerazione, è data dalla nazionalità dei soci di controllo o del *management*. La teoria del controllo ha trovato larga applicazione in tempi bellici come misura protezionistica per risolvere il problema delle c.d. «società nemiche». Essa veniva, infatti, utilizzata come strumento per negare il riconoscimento della personalità giuridica alle

¹²⁷ SANDROCK, *Die Multinationalen Korporationen in Internationalen Privatrecht*, in *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 18, 1978, pp. 169 ss.

¹²⁸ V. LEFEBVRE D'OVIDIO, (nt. 1), p. 6.

¹²⁹ Sulla quale v. diffusamente BALLARINO, (nt. 1), pp. 25 ss.

società commerciali «obbedienti ad impulsi economici e politici stranieri» e rafforzare così l'effettività delle «misure prese contro i sudditi delle potenze nemiche»¹³⁰.

Il criterio del controllo, sebbene anch'esso ormai caduto in desuetudine come criterio di collegamento per il riconoscimento della personalità giuridica delle società commerciali¹³¹, sembra, tuttavia, come ricordato da Ballarino, trovare ancora oggi sporadica applicazione come misura protezionistica per tutelare determinati interessi economici nazionali¹³². Si pensi, per esempio, ai recenti avvenimenti che hanno interessato l'italiana ENEL e la francese *Gaz de France*, dove il Governo francese ha, di fatto, impedito l'acquisizione della compagnia energetica francese da parte di ENEL in virtù di una legge che riservava il controllo di imprese considerate di carattere strategico a società a maggioranza azionaria francese.

Gli ordinamenti comunitari oscillano oggi tra la teoria della costituzione e quella della sede reale, anche se può dirsi che in linea di

¹³⁰ Così, LEFEBVRE D'OVIDIO, (nt. 2), p. 7.

¹³¹ V., tra l'altro, la decisione della quarta sezione del Consiglio di Stato in una sentenza del 12 febbraio 1974 (in *Foro it.*, 1974, III, p. 331), la quale ricorda la non rilevanza nel nostro ordinamento della teoria del controllo come criterio di determinazione della *lex societatis* («secondo l'ordinamento giuridico italiano costituiscono elementi determinanti per l'individuazione della nazionalità di una società il luogo in cui essa è costituita, la sede dell'amministrazione o la localizzazione dell'oggetto principale dell'impresa, a nulla rilevando invece il profilo della partecipazione maggioritaria al capitale della società medesima»).

¹³² Cfr., BALLARINO, (nt. 2), pp. 27 ss., il quale riporta l'esempio degli artt. 143 e 751 del codice della navigazione i quali, in materia di proprietà navale ed aeronautica, richiedono «come requisito di nazionalità per l'iscrizione nei pubblici registri, l'appartenenza della nave per una quota superiore ai dodici carati a persone giuridiche italiane, e dell'aeromobile per l'intero a società costituite e aventi sede nello Stato, il cui capitale appartenga per due terzi almeno ai cittadini italiani, e il cui presidente e due terzi degli amministratori, ivi compreso l'amministratore delegato, nonché il direttore generale siano cittadini italiani». Si tenga presente che tali norme sono state modificate rispettivamente dall'art. 7, d.l. 30 dicembre 1997, n. 457 convertito con modifica dalla legge 27 febbraio 1998, n. 30 e dall'art. 22, legge 24 aprile 1998, n. 128, i quali, ai fini dell'applicazione delle disposizioni richiamate, hanno equiparato alle persone fisiche e giuridiche italiane le persone fisiche e giuridiche appartenenti «ad un altro Stato membro dell'Unione Europea», al fine di renderle compatibili con i principi del diritto comunitario.

massima la prima prevale negli ordinamenti di *common law* mentre la seconda è più ricorrente nei Paesi di *civil law*¹³³. Inoltre, da un esame della legislazione degli Stati comunitari risulta che i criteri di collegamento sopra menzionati vengono raramente recepiti nella loro versione pura ma sono più spesso combinati tra di loro in forme più o meno «ibride» che stabiliscono regimi protezionistici contro le società pseudo-straniere.

Limitandoci all'analisi dei paesi membri dell'Unione Europea, aderiscono alla teoria della costituzione:

l'Italia¹³⁴, l'Inghilterra¹³⁵, la Bulgaria¹³⁶, Cipro, l'Irlanda, la Danimarca, l'Estonia¹³⁷, la Finlandia¹³⁸, la Lituania¹³⁹, Malta, l'Olanda¹⁴⁰, la Svezia¹⁴¹ e l'Ungheria¹⁴².

¹³³ Occorre precisare che all'affermazione non può assolutamente attribuirsi una valenza generale ma si tratta soltanto di una linea di tendenza. Infatti, in primo luogo, come si è detto, questi criteri vengono spesso utilizzati in combinazione tra di loro, e in secondo luogo si rinvencono, come si dirà a breve, anche paesi di *civil law* che applicano il principio della incorporazione.

¹³⁴ V. l'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218 del 1995 sopra richiamato, il quale in realtà applica il criterio della legge di costituzione in maniera unilaterale in quanto pretende di applicare le norme inderogabili interne alle società pseudo-straniere. Sul punto v. *infra*.

¹³⁵ In Inghilterra il principio della «*law of incorporation*» non è espressamente previsto dalla legge ma costituisce espressione dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale. V., DICEY-MORRIS, *On the Conflict of Laws*, tredicesima edizione, 2000, London, volume secondo, *rule* 152 (2); CHESHIRE-NORTH, *Private International Law*, tredicesima edizione, Londra, 1999, p. 175, che giustificano la validità della teoria della *lex incorporationis* in base alla convinzione dell'esistenza di un necessario parallelismo tra la posizione delle persone fisiche e quella delle persone giuridiche, nel senso che tanto alle prime quanto alle seconde deve applicarsi la legge del luogo del domicilio che, mentre per le persone fisiche sarà quello del padre, per le persone giuridiche sarà quello del luogo di incorporazione («*Every person, natural or artificial, acquires at birth a domicile of origin by operation of law. In the case of the legitimate natural person it is the domicile of his father; in the case of the juristic person it is the country in which it is born, i.e. in which it is incorporated*»).

¹³⁶ V. l'art. 56 del codice di diritto civile internazionale del maggio 2005 (Prom. SG 42/17), intitolato «*legal persons*», ai sensi del quale «*the legal persons shall be settled by the law of the state where they are registered*» (traduzione dal bulgaro tratta da *foreign law*).

¹³⁷ V. l'art. 14 n. 1 della legge sul diritto internazionale privato del 27 marzo 2002, «*pour la personne morale est appliqué le droit de ce pays suivant le quel cette personne moral a été établie*»). Traduzione francese curata dal notaio A. Saaber di Tallinn citata da DAMASCELLI, in *I conflitti di legge in materia societaria*, Bari, 2004, p. 26 n. 62. Nella dottrina estone in lingua inglese v., SEIN, *Law Applicable to Persons Pursuant to Draft Private International Law Act*, 2001, reperibile su http://www.juridica.ee/print_article_et.php?document=en/international/2001/1/24230.ART.6.pub.ph p. V., anche, NURMELA-ALMANN, TUULAS-VAINOMAA, *Rahvusvaheline eraõigus*, Tallinn, 2003.

Applicano, invece, il criterio della sede reale:

la Germania¹⁴³, la Francia¹⁴⁴, la Spagna¹⁴⁵, l'Austria¹⁴⁶, il Belgio¹⁴⁷, la Grecia¹⁴⁸, la Lettonia, il Lussemburgo¹⁴⁹, il Portogallo¹⁵⁰, la Polonia¹⁵¹, la Repubblica Ceca¹⁵², la Romania¹⁵³, la Slovacchia e la Slovenia¹⁵⁴.

¹³⁸ V. KIIKERI, *The freedom of establishment in the European Union. Report to the Finnish Ministry of Trade and Industry*, 2002, p. 116, reperibile su <http://www.helsinki.fi/publaw/opiskelu/Eurooppaoikeus/Sijoittautumistutkimus.englanti.Kiikeri.pdf>.

¹³⁹ L'art. 1.19 del codice civile lituano del 2000, intitolato «*civil capacity of foreign legal persons or any other organisations*», prevede al primo comma che «*civil capacity of foreign legal persons or any other organisations shall be governed by the laws of the state where these persons or organizations are founded*». Tuttavia, il successivo secondo comma stabilisce che «*irrespective of the state of foundation of a legal person or any other organisation, the civil capacity of its subdivisions shall be determined in accordance with the law of the Republic of Lithuania if the head office, principal place of business or other activity of the subdivision is located in the Republic of Lithuania*». La norma di conflitto lituana sembra, dunque, assai simile a quella italiana.

¹⁴⁰ V. l'art. 2 della legge 17 dicembre 1997 (*Wet conflictenrecht corporaties/ Conflict of Law Corporations Act*), «*A corporation which, under its agreement or deed of establishment, has its corporate seat or registered office, or, in the absence hereof, its external centre of activities on the date of establishment in the territory of the state under the laws of which it is established, shall be governed by the law of that State*». Nella dottrina olandese in lingua inglese v., DE BOER-KOTTING, *Private International Law*, in *Introduction to Dutch Law* a cura di Chorus, Gerver, Hondius e Koekoek, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 265 ss.

¹⁴¹ V., DEJMEK, in *The European Company all over Europe*, a cura di Krzysztof Oplustil e Christoph Teichmann, Berlin, 2004, p. 298, ove si ricorda come in Svezia «*nothing prevents the company from having its head office or its core business in another State*». Nella dottrina si richiama, SKOG, *Kan aktiebolag emigrera?* Balans no 7-8/1997, pp. 20 ss.

¹⁴² V. l'art. 18 n. 2 del decreto legge 13/1979, «*lo statuto personale di una persona giuridica è il diritto sul territorio del quale la persona giuridica è stata registrata*» (traduzione dall'ungherese tratta da *foreign law*).

¹⁴³ In Germania, sebbene manchi un'espressa norma di legge in materia di statuto personale delle persone giuridiche, la teoria della sede si applica per giurisprudenza costante del BGHZ (BGHZ 97, 269 (271); Z 78, 318 (334); Z 53, 181 (183); Z 51, 27 (28). Sul concetto di sede amministrativa cit. BEHRENS, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, Berlin, 1997, Rn. 6.

¹⁴⁴ V. art. L 210-3, comma primo, del *code de commerce* del 2000. In giurisprudenza v., *multis*, la sentenza della *Cour d'Appel de Paris* del 7 marzo 2001, in *Riv. soc.*, p. 1328. Nella dottrina in lingua francese cfr., VIGNAL, *Droit international privé*, Paris, 2005, nn. 739 ss.

¹⁴⁵ La Spagna adotta per vero un criterio piuttosto ibrido che sembra comunque avvicinarsi di più alla teoria della sede dato l'atteggiamento particolarmente severo nei confronti delle società pseudo-straniere adottato da questo Paese. Infatti, sebbene l'art. 9.11 del *codigo civil* stabilisca in via di principio che lo statuto personale delle società sia determinato in base alla nazionalità di quest'ultima (concetto che viene inteso dall'interpretazione dominante nel senso di Paese le cui norme siano state osservate per la costituzione della società), l'art. 5.2 della *ley de sociedades anonimas* e l'art. 6.2 della *ley de sociedades de responsabilidad limitada* impongono alle società straniere che abbiano fissato nel territorio spagnolo «*su principal establecimiento o explotación*» l'obbligo di fissare il domicilio in Spagna e di conseguenza di ricostituirsi secondo la legge di quel Paese. Per quanto riguarda le conseguenze derivanti dalla mancata ricostituzione, la dottrina spagnola è unanime nel ritenere che la sanzione debba consistere nel mancato riconoscimento della

2. La riforma del diritto internazionale privato e l'introduzione di una norma di conflitto espressa in materia di società: l'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218.

società e nella conseguente applicazione della (assai più onerosa) disciplina della *sociedad colectiva*. Cfr., DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, pp. 1 ss.

¹⁴⁶ V. il paragrafo 10 della legge di diritto internazionale austriaco (*Internationales Privatrechtsgesetz prevedechte*) secondo cui «*the personal law of a legal entity as well as the personal law of any other legal alliance is the law applicable at the place where the actual centre of administration of such entity or such alliance is established*» e il successivo paragrafo 12 che prevede che «*the legal and the corporate capacity of an entity is governed by the personal law of such entity*»). V., tuttavia, HIRTE, *L'evoluzione del Diritto delle imprese e delle società in Germania negli anni 1998 e 1999*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 595, che segnala l'abbandono da parte della Corte Suprema austriaca della teoria della sede sociale a seguito delle recenti decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di libertà di stabilimento (c.d. «dottrina Centros»).

¹⁴⁷ V. l'art. 110, comma primo, del codice di diritto internazionale belga emanato con legge 16 luglio 2004, secondo cui «la persona giuridica è disciplinata dalla legge dello Stato sul cui territorio è situato il suo centro di attività principale sin dalla sua costituzione». Reperibile su www.juridat.be.

¹⁴⁸ V. l'art. 10 del codice civile greco («la capacità della persona giuridica è regolata dal diritto della sua sede»). Nella dottrina greca in lingua inglese v., PAPADIMOPOULOS, *Approximation and Integration of Corporate Law in the European Community*, Ellinkii Epitheorissi Europakou Dikaïou, 1995, pp. 865 ss);

¹⁴⁹ V. l'art. 159 della *loi sur les sociétés commerciales* del 10 agosto 1915.

¹⁵⁰ V. l'art. 3 della legge sulle società commerciali del 2 settembre 1986. In dottrina cfr., DOS SANTOS, *Estudios de direito da nacionalidade*, Coimbra, 1998, pp. 45 ss.

¹⁵¹ V. l'art. 9 n. 2 della legge polacca del 12 novembre 1965 (*Ustawa z 12 listopada 1965 r. - Prawo prywatne międzynarodowym*, Dz. U. no. 46, pos. 260) sul diritto internazionale privato secondo cui «la capacità di una persona giuridica è regolata dal diritto dello Stato in cui è situata la sede». Nella dottrina polacca v., PAZDAN, *Prawo prywatne międzynarodowym*, Varsavia, 1996, pp. 83 ss.

¹⁵² V. la *section 19c*, paragrafo 2, del codice civile della Repubblica Ceca che impone «*the registered office be located in the place where the entity is effectively situated*», ossia nel luogo dove è situato il centro dell'amministrazione principale della società. Tali previsioni furono inserite nel codice civile come risposta ad un fenomeno che si è recentemente verificato in quel Paese di danni subiti dai creditori o da altri terzi a causa dell'irreperibilità di tali società. Così, BRAUN, *A limited future for the Czech s.r.o.? Vltava is not Delaware*, 2004, inedito. Nella dottrina locale v., PELIKÁNOVÁ, I, *Evropská akciová společnost a její význam pro české právo*, in *XIII Karlovarské právnícké dny*, Linde Praha, 2003, pp. 180 ss.

¹⁵³ V. la legge di diritto internazionale privato rumena n. 105 del 22 settembre 1992 (*Legea cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*), che all'art. 40, comma primo, del capitolo terzo, dedicato alle «*persoanele juridice*» prevede che «*persoana juridica are naționalitatea strainului pe al cărui teritoriu si-a stabilit, potrivit actului consultativ, sediul social. Dacă există sedii în mai multe state, determinant pentru a identifica naționalitatea persoanei juridice este sediul real*». Il successivo comma secondo contiene, poi la nozione di sede reale «*Prin sediul real se înțelege locul unde se află centrul principal de conducere și de gestiune a activității statutare. Chiar dacă hotărârile organului respectiv sînt adoptate potrivit directivelor transmise de acționari sau asociați din alte state*». Reperibile su www.parinti.com.

¹⁵⁴ V. art. 17, terzo comma, della legge sul diritto internazionale privato del 1999. La traduzione in lingua inglese è reperibile in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, pp. 829 ss.

Dopo l’emanazione del codice civile del 1942, l’intervento più importante in materia di società straniere si è avuto, come già anticipato nel primo capitolo, nel 1995 con l’approvazione della legge 31 marzo 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato¹⁵⁵. L’art. 25 della legge in questione – dedicato alle «società ed altri enti» che costituisce l’unica norma di cui si compone il Capo III del Titolo III, intitolato alle «persone giuridiche» - ha, infatti, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento un’espressa norma di conflitto bilaterale avente ad oggetto le società e gli altri enti collettivi. Questa disciplina è andata a sostituire, ricalcandone per vero in buona parte i contenuti¹⁵⁶, quella precedentemente contenuta negli artt. 2505 e 2509 del codice civile che furono di conseguenza abrogati dall’art. 73 della legge di riforma.

La nuova norma di diritto internazionale privato societario è imperniata sul criterio di collegamento del luogo di costituzione della società, con il correttivo, tuttavia, dell’applicazione della legge italiana qualora «la sede dell’amministrazione si trovi in Italia, ovvero se in Italia si trovi l’oggetto principale di tali enti»¹⁵⁷. La legge 218 del 1995 ha introdotto,

¹⁵⁵ Riforma che fu il frutto di un lungo lavoro iniziato dieci anni prima con la nomina di una *Commissione per la riforma del diritto internazionale privato* (decreto del Ministro di Grazia e Giustizia dell’8 marzo 1985).

¹⁵⁶ SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società e di altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1094.

¹⁵⁷ L’adozione di un criterio di collegamento «ibrido» sembra essere il frutto di una scelta molto combattuta in sede di lavori della Commissione di riforma. Ciò è dimostrato anche dal fatto che la formulazione originaria del criterio di collegamento che si rinviene nel disegno di legge governativo n. 1192/XI e che era ispirata all’adozione della versione pura del criterio della sede reale, fu modificata *in extremis* dal Parlamento. Sul punto v., BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, a cura di G. Gaia, Milano, 1994, pp. 283 ss., ove si ricorda che la scelta del criterio della sede era stata criticata dai commentatori della norma che hanno, invece, plaudito al testo definitivo dell’art. 25, primo comma. Per una più ampia ricostruzione della formulazione originaria dell’art. 25, comma primo, v. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel*

inoltre, all'ultimo comma dell'art. 25, una disposizione in materia di trasferimenti della sede statutaria e di fusioni transfrontaliere e ha previsto che tali operazioni per essere valide debbano essere espressamente previste e ammesse dalla legge dello Stato straniero (di arrivo o di partenza) e realizzate conformemente sia alla legge straniera che a quella italiana¹⁵⁸.

Prima di passare all'analisi dei singoli profili della disciplina di conflitto in materia di società, occorre premettere che questa, al pari delle altre norme di diritto internazionale privato comune, potrebbe non trovare applicazione nel caso di controversie devolute mediante clausola compromissoria o compromesso a giudizio arbitrale nell'ambito di una procedura di «arbitrato estero» che si svolga all'interno dell'ordinamento italiano¹⁵⁹. Infatti, sebbene la nuova disciplina dell'arbitrato introdotta dall'art. 20 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha eliminato l'intero capo VI del codice di procedura civile dedicato all'«arbitrato internazionale»¹⁶⁰, non

progetto di riforma del diritto internazionale privato, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, pp. 50 ss.; DAMASCELLI (nt. 25), pp. 25 ss.

¹⁵⁸ Si riporta di seguito il testo completo dell'art. 25 in questione dedicato a «società ed altri enti»:

1. «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

2. «In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo».

3. «I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati».

¹⁵⁹ V., sebbene con riferimento alla vecchia disciplina dell'arbitrato, BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 43, ove, tra l'altro, più ampia bibliografia sul punto.

¹⁶⁰ A seguito della riforma dell'arbitrato del 2005, l'unica distinzione rilevante per il codice di rito diventa, quindi, quella tra «arbitrato interno» e «arbitrato estero», a seconda del luogo di localizzazione della sede del procedimento. Resta, comunque, salva la vigenza della disciplina differenziata dell'«arbitrato internazionale» regolato dalla Convenzione di Ginevra del 1961. Per ulteriori approfondimenti v., BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 705 ss.

riproduca più la norma di cui all'art. 834 c.p.c. relativa alla libertà di scelta delle parti delle norme applicabili all'arbitrato, non sembra dubbio che anche nel vigore dell'attuale disciplina sia rimessa all'autonomia privata la facoltà di stabilire le norme che gli arbitri debbano applicare al merito della controversia, incluse le norme di conflitto¹⁶¹. La principale differenza rispetto al sistema previgente sembra allora potersi rinvenire nel fatto che, mentre sotto il vigore della normativa precedente gli arbitri, in mancanza di determinazione delle parti dovevano applicare la legge con la quale il rapporto fosse «più strettamente collegato» (vecchio art. 834), in base alla nuova disciplina gli arbitri, anche «internazionali», sedenti in Italia «dovranno risolvere la questione della legge sostanziale applicabile attraverso le regole di conflitto del foro senza esercitare alcuno speciale potere discrezionale»¹⁶².

3. Ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25.

La riforma del diritto internazionale privato ha sensibilmente ampliato l'ambito di applicazione soggettivo della norma di conflitto in materia di società estendendone la portata oltre che alle società, alle associazioni, alle fondazioni e ad «ogni altro ente pubblico o privato, anche se privo di natura associativa» (art. 25, primo periodo).

L'espressione «persone giuridiche» cui fa riferimento il capo terzo della legge di riforma in cui l'art. 25 è contenuto, potrebbe far pensare *prima facie* alla volontà del legislatore di limitare l'applicazione della norma in questione ai soli enti personificati in continuità con quanto previsto dalla

¹⁶¹ Sul punto, v. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 682.

¹⁶² BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 682.

disciplina precedente¹⁶³. Tuttavia, un'analisi più attenta della norma spinge a favore dell'interpretazione più ampia, nel senso di ricomprendere nella stessa non soltanto gli enti personificati ma qualunque entità diversa dalle persone fisiche¹⁶⁴. Questa affermazione trova conforto tanto sotto il profilo sistematico e letterale della norma quanto nella stessa relazione legislativa. Infatti, sotto il primo profilo: a) il capo secondo («persone fisiche») e il capo terzo («persone giuridiche») della legge di riforma sembrano voler racchiudere tutte le problematiche relative alla legge applicabile alle «persone» non rinvenendosi altre disposizioni dirette ad individuare la legge applicabile ad enti non oggetto di formale personificazione¹⁶⁵; b) la prima parte dell'art. 25 sembra riprendere le disposizioni dei molteplici Trattati di commercio stipulati dall'Italia (e precedenti alla riforma del diritto internazionale privato) i quali, ai fini del riconoscimento reciproco degli enti appartenenti agli Stati firmatari, contengono una definizione altrettanto ampia di «ente»¹⁶⁶; c) lo stesso primo comma dell'art. 25 fa riferimento ad entità sicuramente prive della personalità giuridica in base al diritto italiano (associazioni, lemma che nella sua genericità include le associazioni non riconosciute), mentre il secondo comma della norma in questione individua tra le questioni regolate dalla *lex societatis* anche la ragione sociale dell'ente che costituisce un concetto proprio delle società di

¹⁶³ Infatti, tanto le disposizioni internazionalprivatistiche delle preleggi quanto la disciplina codicistica facevano riferimento alle sole «persone giuridiche». V., *supra*, § 6.

¹⁶⁴ In dottrina vi è unanimità sul punto. V., *multis*, SANTA MARIA (nt. 42), p. 1094; BENEDETTELLI (nt. 45), p. 44; LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione commerciale, Torino, 1999, p. 139; BALLARINO (nt. 1), pp. 381 ss.; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, seconda edizione, Utet, 2006, p. 43; DAMASCELLI (nt. 25), pp. 45 ss.

¹⁶⁵ V. BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 44.

¹⁶⁶ Si veda, per esempio, l'art. 2 del Trattato di amicizia, commercio e navigazione firmato tra l'Italia e gli Stati Uniti il 2 febbraio 1948, ai sensi del quale l'espressione «persone giuridiche ed associazioni» fa riferimento alle «persone giuridiche, (a)le società commerciali e civili e (a)gli altri enti ed associazioni, a responsabilità limitata od illimitata ed a scopo di lucro o meno, che siano stati o possano essere creati od organizzati in avvenire a norma delle leggi e dei regolamenti vigenti».

persone e quindi di enti *ex lege* privi di personalità giuridica. A ciò si aggiunga che la stessa relazione legislativa ricorda che l'espressione «ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa» deve essere intesa nel senso di estendersi «anche a enti non personificati, o ad enti la cui personalità è controversa».

L'ampiezza della formulazione del primo periodo dell'art. 25 costituisce chiara espressione della volontà del legislatore del 1995 di estendere l'applicazione del criterio di collegamento ivi previsto anche ad entità giuridiche straniere disciplinate in modo diverso dalle corrispondenti figure italiane o non corrispondenti addirittura a nessuno degli fenomeni associativi previsti dall'ordinamento italiano (e dunque implicitamente di riconoscere tali entità)¹⁶⁷. Infatti, il primo periodo in questione sembra voler individuare due categorie di soggetti. Una prima categoria comprendente i fenomeni associativi «tipici» del nostro ordinamento quali tutti i tipi di società previste dal libro V del codice civile, le associazioni e le fondazioni regolate dal libro primo; ed una seconda categoria a carattere atipico e residuale che apre le porte ad una serie indefinita di fenomeni associativi stranieri che assumono rilevanza nel nostro ordinamento sul presupposto del loro riconoscimento nell'ordinamento che li ha creati come centri di imputazione di situazioni giuridiche diversi dalla persona fisica (unioni di persone o unità patrimoniali)¹⁶⁸. Al riguardo, un'attenta dottrina ha cercato

¹⁶⁷ Ciò costituisce applicazione della concezione, accolta dalla più moderna dottrina internazionalprivatistica, della funzione internazionale svolta dalle norme di conflitto. V. SANTA MARIA, (nt. 42), pp. 1094 ss. In senso analogo si esprime la giurisprudenza della Suprema Corte. V., Cass. 16 novembre 2000, n. 14870 («per il riconoscimento nell'ordinamento italiano di una persona giuridica straniera non è necessario che sia strutturalmente o funzionalmente conforme alle persone giuridiche di diritto interno, ma è sufficiente che sia riconosciuta dal suo ordinamento di origine»). Per vero la possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento società straniere atipiche risultava già implicitamente dal disposto degli artt. 2249 e 2509 c.c.

¹⁶⁸ Questa formulazione della norma servì probabilmente a porre fine al dibattito che si era alimentato in dottrina e in giurisprudenza a partire dagli anni settanta circa la possibilità di riconoscere le c.d. *Anstalten* del Liechtenstein. I termini del dibattito sono noti agli studiosi della

di delimitare il confine tra l'applicabilità dell'art. 25 e l'applicabilità della norma di conflitto relativa alle persone fisiche chiamando in causa la teoria civilistica secondo cui per costituzione di un ente bisogna intendersi «la valutazione che un certo ordinamento dà di una certa formazione sociale attraverso la produzione di una certa disciplina speciale della formazione stessa, distinta dalla disciplina applicabile alle persone fisiche che ne rappresentano il sostrato sociale o materiale (soci o membri in genere) a attraverso le quali la formazione agisce (organi)»¹⁶⁹. In altre parole, sarebbe

materia delle società straniere: l'*Anstalt*, regolata dagli artt. 534-551 del *Personen und Gesellschaftsrecht*, costituisce un ente personificato di diritto lussemburghese che si caratterizza principalmente per la possibilità di determinare l'oggetto sociale in modo generico, per poter essere unipersonale, per consentire il celamento della persona che lo costituisce e per essere dotata ciò nonostante di autonomia patrimoniale perfetta. Caratteristiche queste tutte assai appetibili per l'imprenditore italiano fino all'introduzione anche nel nostro ordinamento del principio del riconoscimento della responsabilità limitata anche per le imprese esercitate in forma individuale. Di fronte al fenomeno della diffusione delle *Anstalten* costituite per aggirare le allora più restrittive norme societarie italiane la giurisprudenza prevalente e parte della dottrina negarono la possibilità di riconoscere tali entità (specialmente quando fossero costituite da un solo socio fondatore) invocando al riguardo la contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Nella giurisprudenza, v., *multis*, App. Milano, 18 gennaio 1977, in *Arch. civ.*, 1977, pp. 585 ss.; Trib. Milano, 22 settembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, pp. 561 ss. In dottrina, si esprimevano contro il riconoscimento delle *Anstalten*, *multis*, ALBAMONTE, *L'Anstalt del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1977, pp. 869 ss.; DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt e responsabilità illimitata del suo fondatore: un compromesso che non convince*, nota a Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 323 ss. La questione fu poi risolta in senso positivo dalla giurisprudenza successiva la quale, già a partire dalla fine degli anni settanta, stabilì che, in forza dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile e del Trattato di commercio italo-svizzero del 27 gennaio 1923 (reso esecutivo in Italia con la legge 16 dicembre 1923 n. 2934), esteso al *Liechtenstein* con scambio di note 16 maggio – 9 giugno 1924 (approvato con la legge 24 dicembre 1928 n. 3448), l'*Anstalt* avrebbe dovuto essere riconosciuta in base alla propria legge nazionale, salva l'applicazione delle eventuali norme inderogabili di diritto italiano. V. Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, in *Riv. Dir. int.*, 1978, p. 91; Cass. 14 aprile 1980, n. 2414 in *Foro it.*, 1980, pp. 1303 ss.; Cass. 15 febbraio 1993, n. 1853, in *Foro it.*, 1993, pp. 2535 ss. Per approfondimenti della questione v., *multis*, LUZZATTO, *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.*, 1976, pp. 58 ss.; ALPA, *Dissensi giudiziari milanesi sull'Anstalt*, in *Foro pad.*, 1981, pp. 133 ss.; GRECO, *Le Anstalten del Liechtenstein nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1971, pp. 216 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *Sul riconoscimento della personalità giuridica in Italia ad un'Anstalt titolare di un brevetto per invenzione industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, pp. 481 ss. Sebbene il dibattito sul riconoscimento e sul trattamento delle *Anstalt* possa oggi dirsi definitivamente chiuso, la notevole mole di giurisprudenza che si è accumulata sul punto potrebbe rivestire tutt'ora un certo interesse per l'interpretazione dei Trattati bilaterali di commercio stipulati dall'Italia. V., *infra*, capitolo terzo.

¹⁶⁹ Cfr., LUZZATTO- AZZOLINI (nt. 51), p. 138 che richiama BASILE-FALZEA, voce *Persona giuridica* (diritto privato) in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 264 ss. Questa tesi è stata poi ripresa da BENEDETTELLI (nt. 45), p. 46.

al tempo stesso sufficiente e necessario ai fini dell'applicazione dell'art. 25, che l'ente sia regolato da una disciplina speciale rispetto all'attività delle persone fisiche che la compongono. Seguendo questa impostazione rientrerebbero nel campo di applicazione dell'art. 25, figure come i patrimoni destinati ad uno specifico affare o gli accordi di *joint venture*¹⁷⁰.

Infine, va detto che sebbene la nozione di «ente» prevista dall'art. 25 vada interpretata in senso estensivo, sembrano ciò nondimeno potersi individuare almeno due limiti di carattere generale.

In primo luogo, l'art. 25 non sembra dover trovare applicazione quando la legge abbia previsto una apposita disciplina *ad hoc* per un determinato istituto, come avviene per esempio nel caso dei *trust* che sono assoggettati alla «Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento» adottata all'Aja l'1 luglio 1985 e ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364¹⁷¹. Tale deroga è, tra l'altro, espressivamente prevista dalla stessa legge di diritto internazionale privato che all'art. 2 stabilisce la prevalenza sulle disposizioni da essa dettate delle «convenzioni internazionali in vigore per l'Italia»¹⁷².

¹⁷⁰ V. la sentenza della Corte di Appello di Milano relativa al caso *Veneta Mineraria c. Ammainter* che, in applicazione dell'art. 25 della legge di diritto internazionale privato, ha riconosciuto la personalità giuridica e la legittimazione processuale attiva in un giudizio italiano ad una *joint venture* di diritto russo (App. Milano 14 gennaio 2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 172 ss.).

¹⁷¹ L'art. 6 della Convenzione prevede che il *trust* sia regolato in prima istanza dalla legge scelta dal disponente. Tuttavia, qualora questa legge non preveda l'istituto del *trust*, occorrerà fare riferimento alla legge dell'ordinamento con la quale esso presenti il collegamento più stretto. Al riguardo deve farsi riferimento nell'ordine ai seguenti elementi: a) luogo di amministrazione del *trust* designato dal disponente; b) ubicazione dei beni del *trust*; c) residenza o domicilio del *trustee*; d) scopo del *trust* e luogo ove esso deve essere realizzato (art. 7). Per approfondimenti sulla disciplina internazionalprivatistica dei *trust* v., CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.

¹⁷² V., per una applicazione giurisprudenziale di questo principio v. la decisione della Suprema Corte nel caso *Ets. Payen Cie S.A. c. Soc. ind. Fki-Fai Komatsu* («Ai sensi dell'art. 2, 1° comma, l. 31 maggio 1995 n. 218, le disposizioni del nuovo sistema di diritto internazionale privato non impediscono l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia.»). Così, Cass. 30 giugno 1999, n. 366 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 738 ss.

In secondo luogo, l'art. 25 non dovrebbe includere nel suo campo di applicazione le società di fatto e più in generale tutti quegli enti la cui esistenza non derivi dal perfezionamento di un procedimento costitutivo (per esempio, società occulta). Infatti, l'elencazione compiuta dalla norma è funzionale all'individuazione degli enti che quest'ultima sottopone alla «legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione» (*lex incorporationis*). Di conseguenza, la categoria di enti individuata dal primo periodo dell'art. 25 sembra dover trovare il suo limite nella circostanza che per la costituzione dell'ente si sia effettivamente perfezionato un «procedimento». L'espressione «procedimento» sembra dover essere intesa, infatti, non semplicemente nel senso di conclusione del contratto di società, ma in quello di perfezionamento di un procedimento amministrativo culminante nella registrazione della società. Condizione che con riferimento alla società di fatto non sembra potersi ritenere soddisfatta. L'interpretazione proposta varrebbe ad escludere l'obiezione che il requisito del perfezionamento del procedimento costitutivo potrebbe essere soddisfatto anche dalla conclusione tacita del contratto.

La conseguenza sarebbe che la società di fatto resta sempre soggetta alla legge italiana. Questa impostazione sembra assicurare una maggior grado di certezza del diritto. In primo luogo, perchè diventerebbe piuttosto aleatorio, in caso di società fatto che presenti elementi di collegamento con più ordinamenti, determinare in quale ordinamento si siano verificati i fatti che hanno portato alla nascita della società, il che potrebbe facilmente portare a conflitti di nazionalità. In secondo luogo, se si pensa che nella realtà la società di fatto viene in considerazione quasi esclusivamente nelle aule dei tribunali, sembra difficilmente pensabile che i presunti soci

possano sostenere in giudizio che la società di fatti esiste sì, ma è venuta ad esistenza in base ad un ordinamento diverso da quello italiano.

4. *Ambito di applicazione per materia della lex societatis*

Il secondo comma dell'art. 25 contiene l'elencazione delle questioni sottoposte all'applicazione della *lex societatis*. L'elencazione, tuttavia, è soltanto esemplificativa¹⁷³ e non esaurisce il campo di applicazione per materia della legge regolatrice delle società. Ciò si rileva tanto dalla formulazione della norma (essendo ad essa premessa l'espressione: «in particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente..»)¹⁷⁴, quanto dal suo carattere tipicamente internazionale di individuare fattispecie non determinabili a priori e di aprire le porte a istituti sconosciuti al legislatore italiano (per esempio, i contratti di dominazione di diritto tedesco o la disciplina di diritto inglese della *disqualification*) e ad eventuali nuovi istituti che possono risultare dalla fantasia degli operatori o da quella dei legislatori. Di conseguenza, assume fondamentale importanza la questione dell'individuazione dei profili tipologici dell'art. 25 essendo ben possibile che determinate questioni non comprese espressamente nell'elencazione fatta da questa norma debbano, ciò nonostante, ricadere sotto il suo ambito di applicazione¹⁷⁵.

La questione è poi aggravata dal fatto che, nella misura in cui alcune questioni presentano sia aspetti contrattuali che aspetti societari, la

¹⁷³ Anche sulla non tassatività della elencazione contenuta nell'art. 25 la dottrina sembra essere unanime. V., *multis*, BALLARINO (nt. 1), p. 377; BENEDETTELLI (nt. 47), p. 47; LUZZATTO-AZZOLINI (nt. 3), p. 151; MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 51), p. 47; SANTA MARIA (nt. 44) p. 1099.

¹⁷⁴ L'espressione, come osserva Ballarino, è chiaramente mutuata dall'art. 155 della legge svizzera sul diritto internazionale privato del 1989. V., BALLARINO (nt. 3), p. 124.

¹⁷⁵ V., LUZZATTO-AZZOLINI (nt. 3), p. 151, il quale osserva come la formulazione della norma lasci «intendere la portata tendenzialmente onnicomprensiva della legge individuata dalla stessa».

normativa di diritto internazionale privato in materia di società rischia spesso di entrare a sua volta in «conflitto» con le altre norme di diritto internazionale privato. Infatti, secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina l'essenza del diritto societario consiste nell'esigenza di dettare una disciplina di carattere speciale rispetto a quella generale di diritto civile in considerazione della peculiarità che presenta la materia del commercio e al fine di regolare le relazioni di *agency* che interessano i soggetti in qualsiasi modo coinvolti (anche solo potenzialmente) nel fenomeno societario. Tuttavia, questa disciplina speciale non va generalmente a sostituirsi del tutto a quella generale ma va semplicemente a sovrapporsi alla stessa con la conseguenza che è sempre presente una tensione tra disciplina generale e disciplina speciale. Per esempio, sebbene la questioni relative ai requisiti formali del contratto di società rientrino sicuramente nel campo di applicazione della *lex incorporationis*, gli elementi patologici relativi alla validità del contratto, quali il consenso, la liceità della causa, i vizi della volontà, la simulazione o le conseguenze dell'inadempimento dell'accordo sono probabilmente di competenza della *lex contractus*¹⁷⁶. Diventa perciò essenziale ai fini della determinazione del campo di applicazione oggettivo dell'art. 25 stabilire i rapporti tra *lex societatis* e altre norme internazionalprivatistiche (*lex contractus*, *lex rei sitae*, etc.) per stabilire quali questioni debbano rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 25 e quali, invece, debbano restarne fuori.

Si tenga, inoltre, presente che l'elencazione dell'art. 25, secondo comma, trova sostanziale corrispondenza nell'elenco delle questioni concernenti il diritto delle società che la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali esclude dal

¹⁷⁶ V. BALLARINO (nt. 3), p. 378.

campo di applicazione della *lex contractus*¹⁷⁷. L'art. 1, par., 2, lett. e) della suddetta Convenzione limita, infatti, il campo di applicazione della *lex contractus* a favore della *lex societatis* prevedendo l'esclusione dell'applicazione della prima in relazione «alle questioni inerenti al diritto delle società, associazioni, e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica»¹⁷⁸. L'eventuale difformità tra l'elencazione contenuta nella Convenzione di Roma e quella contenuta nell'art. 25, potrebbe risolversi a favore della seconda in applicazione dei principi di specialità (*lex specialis derogat legi generali*) e della successione cronologica (*lex posterior derogat legi priori*)¹⁷⁹.

Prima di passare all'analisi delle singole questioni sottoposte alla *lex societatis* sembra opportuno fornire un breve quadro dei principali criteri di collegamento che possono creare problemi di coordinamento con la legge regolatrice delle società e ai quali si farà riferimento nel proseguo.

a) Il criterio della legge nazionale del soggetto previsto dall'art. 23 della legge di diritto internazionale privato. Questo criterio costituisce la norma di collegamento rilevante per risolvere le questioni relative al riconoscimento e all'ampiezza della capacità di agire delle persone fisiche, ossia, all'attitudine del soggetto a manifestare personalmente e validamente la propria volontà disponendo del proprio patrimonio giuridico¹⁸⁰ (per esempio per determinare la capacità di un soggetto a perfezionare un

¹⁷⁷ La Convenzione di Roma è espressamente richiamata dall'art. 57 della legge di diritto internazionale privato che rinvia a questa per la disciplina di conflitto delle obbligazioni contrattuali.

¹⁷⁸ Sul punto, v. SANTA MARIA (nt. 45), p. 1099.

¹⁷⁹ V., *infra*, p. 111.

¹⁸⁰ V. BALLARINO (nt. 4), p. 114.

contratto di compravendita di azioni). Secondo tale principio la capacità di agire delle persone fisiche si determina in base alla loro legge nazionale. La successiva parte della norma stabilisce poi alcune eccezioni a tale principio al fine di dare certezza e celerità ai traffici giuridici ed evitare che ciascuno debba informarsi sulla cittadinanza delle persone con cui entra in contatto e sui loro ordinamenti giuridici. A tal fine, il secondo comma dell'art. 23 prevede che «quando la legge regolatrice di un atto prescriva condizioni speciali di capacità di agire, queste sono regolate dalla stessa legge», e i commi terzo e quarto stabiliscono il principio che, con riguardo al compimento di un atto in Italia, lo straniero è considerato ugualmente capace, anche se la propria legge nazionale gli neghi tale capacità, quando per l'atto da lui compiuto la legge italiana avrebbe considerato capace il cittadino italiano.

b) Il criterio di collegamento della *lex rei sitae* rilevante per determinare la legge applicabile in materia di titolarità del diritto di proprietà, degli altri diritti reali, del possesso sui beni mobili e immobili, e le modalità di acquisto e di perdita di tali beni. Ai sensi dell'art. 51 le suddette questioni sono regolate dalla «legge dello Stato in cui i beni si trovano». Ciò significa che sarà la *lex rei sitae* a stabilire da un lato se un determinato bene debba essere qualificato come mobile o immobile e dall'altro a determinare quali diritti reali possano sorgere su un bene¹⁸¹. Nella materia in esame la *lex rei sitae* assume rilevanza, come si vedrà, in

¹⁸¹ Ciò significa che nei paesi (come l'Italia) in cui i diritti reali costituiscono un *numerus clausus*, qualora il diritto reale che si intenda costituire sia sconosciuto alla *lex rei sitae* tale diritto reale non potrà sorgere e sarà, dunque, necessario un adattamento dell'istituto straniero ad una corrispondente figura del diritto interno. Ciò è quanto è avvenuto con riguardo all'istituto del *trust* (oggi regolato dalla convenzione dell'Aja del 1985) che è stato trattato talvolta come diritto di proprietà del beneficiario e talvolta come diritto di proprietà del fiduciario. Sul punto v. BALLARINO (nt. 4), p. 210.

materia di azioni e quote di società che sono correntemente qualificate come beni mobili immateriali¹⁸².

c) La *lex contractus*, della quale si è già accennato, cui fa riferimento l'art. 57 della legge di riforma del diritto internazionale privato al fine di richiamare l'applicazione della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle società contrattuali, resa esecutiva dall'Italia con la legge 18 dicembre 1984, n. 975. La Convenzione di Roma si fonda su due criteri di collegamento fondamentali: a) la libertà di scelta delle parti, che deve essere espressa o deve «risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze» (art. 3, par. 1); b) il criterio del «collegamento più stretto» previsto dall'art. 4, par. 1, per l'ipotesi in cui le parti non abbiano liberamente scelto la legge applicabile al contratto. Il secondo paragrafo dell'art. 4, stabilisce poi che il collegamento più stretto si presume esistere con il paese in cui «la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la residenza abituale, o se si tratta di società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale». L'art. 9, primo comma, prevede infine che «un contratto è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge del luogo che ne regola la sostanza in forza della presente convenzione o della legge del luogo in cui viene concluso».

d) Poiché la Convenzione di Roma esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione, oltre alle obbligazioni nascenti da cambiali e assegni, anche quelle che derivano da altri strumenti negoziabili (art. 1, par. 2, lett. c), la legge di riforma del diritto internazionale privato ha dettato una espressa norma di conflitto in materia. Per quel che rileva ai nostri fini, l'art. 59, secondo comma, stabilisce che i titoli di credito diversi

¹⁸² V. Trib. Catania 11 novembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, p. 69.

dall'assegno e dalla cambiale (per esempio, le azioni) «sono regolati dalla legge dello Stato in cui il titolo è stato emesso. Tuttavia le obbligazioni diverse da quella principale sono regolate dalla legge dello Stato in cui ciascuna è stata assunta». La legge dello Stato di emissione del titolo regolerà, dunque, tutte le questioni inerenti alle modalità di creazione del diritto cartolare, il suo contenuto (le eccezioni opponibili dal debitore al portatore del titolo), la legge di circolazione del titolo e le modalità di estinzione del titolo (per esempio, la procedura di ammortamento).

Ciò premesso, è possibile passare adesso alla disamina delle singole questioni che devono ritenersi comprese nel campo di applicazione dell'art. 25.

4.1. Questioni disciplinate dalla legge regolatrice dell'ente.

a) natura giuridica.

Per natura giuridica della società deve intendersi la qualificazione giuridica dell'ente secondo le regole dell'ordinamento nel quale si sia perfezionato il procedimento di costituzione. Per esempio, qualora l'ente sia stato costituito secondo il diritto italiano il concetto di natura giuridica deve intendersi come appartenenza del primo ad alcuno dei «tipi» o «sottotipi» previsti dalla nostra legge societaria (associazione, fondazione, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società per azioni, società a responsabilità limitata, società per azioni, società cooperativa a mutualità prevalente o altra società cooperativa, società aperta o chiusa, società consortile, associazione temporanea di imprese, società tra professionisti, società a partecipazione pubblica, ente

pubblico economico o impresa organo) con tutte le conseguenze giuridiche che la qualificazione comporta in termini di applicazione di una determinata disciplina^{183 184}. Giova osservare che essendo il secondo comma dell'art. 25 funzionale all'applicazione della regola della *lex societatis* stabilita dal primo comma, presupposto per l'applicazione di tale legge è pur sempre il perfezionarsi di un procedimento di costituzione per la creazione dell'ente. Di conseguenza, non sembrano doversi ricomprendere nel campo di operatività della *lex societatis* quegli enti (come per esempio la società di fatto) che vengono ad esistenza per *facta concludentia* o quelli che un ordinamento può creare per superare il velo societario e sanzionare un abuso della personalità giuridica (per esempio, con riferimento all'Italia, la configurazione in sede fallimentare attraverso una *fictio* giuridica di una società di fatto fra società di capitali o tra una persona fisica ed una - o più - società di capitali, da desumere dal comportamento concludente di queste per estendere il fallimento alle persone fisiche che utilizzano le società di capitali come mero strumento di copertura delle loro attività). Per questi enti manca, infatti, un procedimento di costituzione in senso formale e la previsione di una disciplina speciale costituisce soltanto uno strumento per sanzionare un abuso giuridico. Di conseguenza sembra dover trovare applicazione agli enti in questione la *lex contractus* in relazione al compimento dei singoli atti compiuti dai soci.

b) *la denominazione o ragione sociale.*

¹⁸³ V. App. Milano, 14 gennaio 2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 172 ss.

¹⁸⁴ Si tenga presente che un meccanismo di «tipizzazione» degli enti è previsto in tutti principali ordinamenti.

La *lex societatis* disciplina pure la denominazione o la ragione sociale dell'ente e in particolare l'obbligo di indicare la forma societaria o il nome di uno o più soci ¹⁸⁵. Sebbene il legislatore abbia strutturato la formula prendendo a modello la legge societaria italiana deve ritenersi che il riferimento vada ad includere ogni altro segno distintivo eventualmente previsto dalla *lex societatis* (*company seal*, ditta etc.)¹⁸⁶. Poiché in base al disposto dell'art. 2567, secondo comma, codice civile, tanto la denominazione quanto la ragione sociale ottengono nell'ordinamento italiano la medesima protezione riconosciuta alla ditta, rientrano nella definizione in questione, anche il diritto all'uso esclusivo dei propri nomi e segni distintivi con il conseguente obbligo della società che abbia successivamente adottato la medesima denominazione o ragione sociale di un'altra di modificarla, i loro requisiti (liceità, novità, etc.), la loro trasferibilità, disponibilità e le conseguenze della violazione di tali diritti¹⁸⁷.

c) *la costituzione, la trasformazione o l'estinzione.*

L'espressione «costituzione dell'ente» fa riferimento a tutti gli atti di cui si compone il procedimento di formazione dell'ente stesso. Restano, invece, esclusi dalla definizione «gli atti o i contratti preliminari aventi per unico scopo la creazione di obblighi tra le parti interessate (promotori) al

¹⁸⁵ Per un'applicazione pratica di questo principio v. App. Venezia 6 luglio 1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 92 ss. «Ai sensi dell'art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218, la legge dello Stato dove una società è stata costituita ne disciplina la ragione sociale». In termini generali sulla denominazione e delle società v., per tutti, COSTI, *Il nome delle società*, Padova, Cedam, 1964.

¹⁸⁶ V. BENEDETTELLI (nt. 47), p. 49.

¹⁸⁷ V., comunque, BENEDETTELLI (*op. ult. cit.*), p. 49 secondo cui l'ordinamento della *lex societatis* non troverà applicazione qualora quest'ultimo dovesse contenere in materia di lesione del diritto al nome un regime indifferenziato per persone giuridiche e persone fisiche. In questa ipotesi la legge regolatrice dell'ente andrebbe individuata, per effetto del combinato disposto degli artt. 24, comma secondo, e 62 della legge di diritto internazionale privato, nella legge applicabile alla responsabilità per fatto illecito.

fine di costituire la società¹⁸⁸» per i quali troverà applicazione la *lex contractus*. Tali contratti, infatti, riguardano esclusivamente gli interessi individuali dei contraenti senza creare necessità di tutela di altri *stakeholders*. Sembra anche doversi escludere dal campo di applicazione della *lex societatis* la disciplina di quella che parte della nostra dottrina definisce come «società preliminare» o come «società in formazione». Infatti, a ben vedere il problema della società preliminare si risolve nella necessità di determinare la condizione giuridica dei beni conferiti nel tempo che intercorre fra la stipulazione dell'atto costitutivo della società e la sua iscrizione nel registro delle imprese¹⁸⁹, o più in generale, cercando di astrarre tale fenomeno giuridico rispetto allo schema italiano di costituzione della società, nella situazione giuridica di tali beni fra il compimento del primo atto diretto a costituire una società (costituzione che costituisce in genere una fattispecie a formazione progressiva) e il riconoscimento della personalità giuridica da parte dell'ordinamento cui tale riconoscimento viene richiesto. Questa determinazione è necessaria per risolvere un serie di gravi questioni che il fenomeno pone. Per esempio, per stabilire se i beni conferendi debbano considerarsi già di proprietà della costituenda società o piuttosto dei soci conferenti, se questi possano essere aggrediti dai creditori personali dei soci conferenti, se in caso di conferimento di azienda nella società le perdite che l'impresa ha sofferto *medio tempore* possano imputarsi o meno alla costituenda società. L'istituto della società in formazione sembra allora risolversi, al pari di quanto detto in precedenza in relazione

¹⁸⁸ Così si esprime la Relazione Giuliano-La Grande sulla *Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, pp. 1 ss, reperibile anche in Sacerdoti e Frigo (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali* (seconda ed.), Milano, 1994, pp. 260 ss. Sul punto v., altresì, BALLARINO (nt. 3), pp. 129 ss.

¹⁸⁹ V., GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006, p. 146.

alla società di fatto, in una *fictio iuris* diretta a sanzionare coloro che abbiano di fatto speso il nome della società prima che la stessa sia venuta ad esistenza. Ciò premesso sembra che le stesse ragioni esposte a proposito dell'esclusione della società di fatto dall'ambito di applicazione della *lex societatis* debbano valere anche per la società in formazione. Infatti, non soltanto, con riguardo a questa creazione giuridica non può dirsi soddisfatto il requisito del perfezionamento del procedimento di costituzione richiesto dal primo comma dell'art. 25, ma sembra addirittura doversi escludersi che di società possa parlarsi, risolvendosi il fenomeno in questione in una mera disciplina sanzionatoria per tutelare coloro che siano entrati in contatto con il costituendo ente.

Per il resto, la *lex societatis* sembra dover applicarsi a tutte le altre vicende relative al procedimento di costituzione. In particolare (e senza pretesa di completezza), i requisiti e il contenuto dell'atto costitutivo (norme sull'oggetto sociale, sulla sede sociale e sulle eventuali sedi secondarie, etc.), le eventuali disposizioni sul capitale sociale minimo, le condizioni per la costituzione, l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, la disciplina delle società unipersonali, le disposizioni sui conferimenti, la nullità della società. Con riguardo, tuttavia, alle ultime due questioni richiamate occorre fare le distinzioni del caso.

In primo luogo, per quanto riguarda le disposizioni sui conferimenti, e più in generale le disposizioni che prevedono la stipulazione di contratti o il compimento di altri atti giuridici al fine del perfezionamento della fattispecie costitutiva dell'ente, deve ritenersi che la *lex societatis* sarà competente a regolare soltanto la determinazione dei beni conferibili, i requisiti per il perfezionamento della fattispecie costitutiva, la garanzia del socio per il conferimento di un credito, i criteri di valutazione delle entità

conferite, mentre la legge regolatrice dei suddetti atti andrà determinata in base alle norme di conflitto applicabili agli specifici rapporti. Per esempio in caso di conferimento di beni in natura in una società, la *lex societatis* sarà competente a regolare le questioni relative ai beni conferibili, ai criteri di valutazione etc., mentre la *lex rei sitae* dovrà regolare la condizione giuridica del bene nonché la validità e gli effetti degli atti di trasferimento del bene, il conflitto tra più acquirenti etc.

Con riferimento, invece, alla nullità della società, è da ritenersi che la competenza della *lex societatis* sussista soltanto in seguito al perfezionarsi del procedimento di costituzione della società (in Italia in seguito all'iscrizione nel registro delle imprese), mentre prima di quel momento la nullità del semplice contratto di società sarà regolata dalla disciplina della *lex contractus*.

Nella nozione di «trasformazione» sembra possano farsi rientrare più in generale tutte le vicende modificative della struttura organizzativa dell'ente (modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, operazioni sul capitale sociale, trasformazione, fusione, scissione e la forma che tali atti devono rivestire). Si tenga, tuttavia, presente che con riguardo ai trasferimenti della sede sociale all'estero e alle fusioni transfrontaliere troverà altresì applicazione il terzo comma dell'art. 25 che stabilisce come ulteriore condizione di validità di queste operazioni che esse siano consentite tanto dalla legge dello Stato di partenza quanto da quella dello Stato di arrivo e che siano rispettate le norme di entrambi gli Stati interessati.

Anche l'espressione estinzione è da intendersi nel senso più ampio possibile che include tutte le vicende relative allo scioglimento tra cui le cause di scioglimento della società, gli effetti dello scioglimento, la nomina i

poteri e la revoca dei liquidatori, il procedimento di liquidazione. La *lex societatis* sarà inoltre competente a regolare i provvedimenti coattivi di scioglimento dell'ente disposti dalla pubblica autorità¹⁹⁰.

d) *la capacità.*

La nozione di «capacità» va intesa nel senso di comprendere la capacità giuridica, la capacità di agire e la capacità di stare in giudizio dell'ente¹⁹¹ nonché le limitazioni legali a tale capacità. La *lex societatis* non sembra, invece, dover trovare applicazione per quanto riguarda le condizioni speciali di capacità, vale a dire l'attitudine dell'ente ad assumere la titolarità di posizioni giuridiche attive o passive in relazione ad istituti o rapporti determinati¹⁹², che dovrebbero restare assoggettate alla legge regolatrice del rapporto o dell'istituto. Ciò sull'assunto che gli artt. 20 e 23, terzo comma, della legge, dettati rispettivamente in materia di capacità giuridica e capacità di agire delle persone fisiche, in quanto espressione di un principio generale di diritto internazionale privato, debbano trovare applicazione analogica anche per le persone giuridiche¹⁹³. Una soluzione

¹⁹⁰ Così, BALLARINO (nt. 3), p. 376, il quale riporta gli esempi dell'incorporazione forzata e del trasferimento coattivo di tutti i beni allo Stato.

¹⁹¹ Così si sono recentemente espresse anche le Sezioni Unite della Suprema Corte nella decisione relativa al caso *Gov. Iraq c. Soc. Breda meccanica bresciana* (Cass. S.U., 15 gennaio 1996 n. 264, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1997, pp. 127 ss., («ai sensi dell'art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218 la capacità processuale del rappresentante di uno Stato estero va valutata alla stregua della legge nazionale straniera»). V., anche, Trib. Trani 22 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1996, pp. 467 ss., che ha revocato una ordinanza con la quale veniva imposto ad una società straniera l'onere di provare l'esistenza dei poteri rappresentativi della persona fisica che la rappresenta in giudizio. Secondo il Tribunale, infatti, tale onere probatorio incombe piuttosto sulla parte che ne eccepisce l'inesistenza.

¹⁹² V., BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2002, p. 111.

¹⁹³ In questo senso v., anche, BENEDETTELLI (nt. 47), p. 53; MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 52), p. 48. Per un'applicazione giurisprudenziale, v. la decisione del Tribunale di Milano del 29 maggio 1986 nel caso *Castiglione c. Incofim s.r.l. e altri*, che in relazione all'alienazione di quote di una società a responsabilità limitata possedute da una società americana ed effettuate dal rappresentante di questa in Italia in conflitto con la *lex societatis* che prevedeva che un tale atto dovesse essere approvato

diversa oltre che a condurre a situazioni aberranti rischierebbe, infatti, di creare una ingiustificata disparità di trattamento tra persone giuridiche e persone fisiche.

Bisogna, infine, ricordare la disposizione di cui all'art. 16 delle preleggi relativo al «trattamento dello straniero», che estende alle persone giuridiche straniere il principio secondo cui lo «straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità». Secondo un indirizzo dottrinale, sebbene la norma in questione debba ritenersi implicitamente abrogata per le persone fisiche in seguito alla entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995, non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento alle persone giuridiche¹⁹⁴ con la conseguenza che sarebbe legittima la prassi tutt'ora seguita dal Ministero degli Esteri di verificare la condizione di reciprocità in materia di acquisti immobiliari e di costituzione o partecipazione societaria¹⁹⁵.

L'affermazione sembra corretta anche in base all'argomento che il legislatore della riforma del diritto internazionale privato ha abrogato espressamente tutte le disposizioni relative allo «straniero» contenute nelle

dall'assemblea dei soci, ha ritenuto la validità dell'operazione in applicazione del principio che «uno straniero, se compie nello Stato un atto per il quale sia incapace secondo la sua legge nazionale, è considerato capace se per tale atto, secondo la legge italiana sia capace il cittadino italiano» (Trib. Milano 29 maggio 1986 in *Società* 1987, pp. 23 ss.).

¹⁹⁴ V., MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 52), p. 48; LAURINI, *Il principio di reciprocità e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 75 ss.; COSCIA, *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, pp. 557 ss.; DAMASCELLI (nt. 26), pp. 37 ss., il quale osserva che la reciprocità andrebbe accertata con riferimento agli atti e negozi giuridici diretti alla costituzione di una delle società tipizzate dall'ordinamento italiano, all'assunzione di cariche sociali in tali società, ad «acquisti o permutate di partecipazioni, quote, azioni, od obbligazioni delle ridette società, nonché con riferimento agli atti e negozi giuridici con cui società straniere esercitano uno dei diritti attribuiti a società italiane». Nel senso dell'abrogazione implicita dell'art. 16 anche per le persone fisiche v., invece, CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, pp. 45 ss.

¹⁹⁵ V. la posizione del Ministero degli Esteri reperibile su http://www.esteri.it/ita/4_29_73_306.asp.

preleggi mentre ha lasciato inalterato l'art. 16. A ben vedere, comunque, la norma sembra avere allo stato attuale una rilevanza pratica limitata. La condizione di reciprocità, infatti, anche alla luce delle stesse determinazioni del Ministero degli Esteri, non dovrà esser verificata: a) per le società comunitarie, alle quali, come si vedrà in seguito, il Trattato CE riconosce il diritto di stabilimento, e per quelle appartenenti agli Stati membri dello Spazio Economico Europeo (di cui oggi fanno parte l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia); b) per le società costituite in quei Paesi con i quali siano in vigore determinate categorie di accordi internazionali, quali per esempio, gli accordi di regolamentazione degli investimenti internazionali, gli accordi di stabilimento, i Trattati di amicizia e commercio, o altri accordi del genere fatte ovviamente salve le eccezioni espressamente previste nei suddetti accordi. In base ai dati forniti dallo stesso Ministero degli Esteri il numero dei Paesi con i quali sono stati stipulati simili accordi comprende pressoché tutti i Paesi del mondo¹⁹⁶.

e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi e la rappresentanza dell'ente.

La *lex societatis* è competente a regolare anche tutte le questioni che attengono all'organizzazione e ai processi decisionali della società, siano esse relative alla formazione della volontà all'interno dell'ente o alla manifestazione di tale volontà all'esterno¹⁹⁷. La nozione di «organi» va intesa in modo ampio nel senso di ricomprendere non soltanto gli organi necessari della società (assemblea, organo amministrativo, organo di controllo) ma anche quegli organi la cui istituzione è soltanto eventuale o

¹⁹⁶ L'elenco è reperibile su http://www.esteri.it/ita/4_29_73_306_259.asp.

¹⁹⁷ In questo senso v., anche, MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 52), p. 48.

costituisce la conseguenza di una certa struttura finanziaria o di governo societario (assemblee speciali, rappresentante comune dei possessori di categorie speciali di azioni, di strumenti finanziari o di obbligazioni, organi delegati). A titolo esemplificativo rientrano, dunque, in questa nozione la disciplina dell'assemblea (convocazione, diritto di intervento, rappresentanza, modalità di esercizio del diritto di voto e *quorum*, conflitto di interessi del socio), i sistemi di amministrazione e controllo (possibilità di adottare diversi sistemi di amministrazione e controllo, disciplina del consiglio di amministrazione e degli organi delegati, compensi degli amministratori, potere di rappresentanza organica e suoi limiti, conflitti di interessi degli amministratori, obblighi di diligenza, disciplina dell'organo di controllo), la disciplina delle scritture contabili (libri contabili obbligatori, predisposizione di bilanci e rendiconti anche da parte della capogruppo, struttura e criteri di redazione del bilancio, obblighi di pubblicità, invalidità del bilancio).

Per quanto riguarda la rappresentanza è opinione diffusa che il potenziale conflitto tra *lex societatis* applicabile alla rappresentanza organica e *lex contractus* applicabile alla rappresentanza volontaria vada risolto in favore dell'applicazione della seconda qualora la *lex societatis* non contenga una disciplina speciale della rappresentanza organica ma rimetta tali questioni alla disciplina di diritto civile generale. In quest'ultimo caso la *lex contractus* andrebbe, dunque, individuata in base all'art. 60 della legge di diritto internazionale privato¹⁹⁸.

¹⁹⁸ V. BENEDETTELLI (nt. 47), p. 54. Per un'applicazione pratica di questo principio, v. Trib. Udine 27 dicembre 1995 in *Dir. fall.*, 1996, pp. 771 ss. «La partecipazione all'atto costitutivo, in Italia, di una società a responsabilità limitata di una società straniera mediante procura speciale rilasciata ad un delegato della società straniera è disciplinata, in ordine alla procura, dalla legge dello Stato estero, secondo quanto previsto dall'art. 60, 2° comma, l. 31 maggio 1995 n. 218».

e) *modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità.*

Sono soggette alla *lex societatis* anche la disciplina delle azioni e tutte le questioni inerenti allo *status* di socio. Il termine socio va inteso in senso ampio così da includere non soltanto coloro ai quali la *lex societatis* riconosca formalmente tale *status* ma più in generali tutti i soggetti che avendo investito un capitale nella società siano portatori di un interesse nei confronti della stessa¹⁹⁹. Per esempio, i portatori di strumenti finanziari «ibridi», i portatori di obbligazioni o altri strumenti di debito, i sottoscrittori di diritti di opzione sulle azioni, l'usufruttuario di azioni, il creditore pignoratizio di azioni, il custode di azioni sequestrate o il *trustee*.

Sotto altro profilo deve osservarsi che, data la particolare natura dell'«azione» quale titolo di credito che incorpora la partecipazione sociale, ossia la qualità di socio, la materia in questione interessa diverse norme di conflitto ed in particolare oltre alla *lex societatis* anche la *lex contractus* (art. 57), la *lex rei sitae* (art. 51), la legge nazionale della persona fisica (artt. 20 e 23) e la legge regolatrice del titolo (art. 59, terzo comma).

La *lex societatis* sarà competente a regolare i diritti amministrativi e patrimoniali connessi al titolo, la possibilità e i limiti all'emissione di categorie speciali di azioni, la natura nominativa o al portatore di esse²⁰⁰, la dematerializzazione dei titoli, gli eventuali limiti alla circolazione delle azioni, la disciplina dei vincoli sulle azioni, le modalità e i limiti alle operazioni sulle azioni proprie, la possibilità di emettere strumenti

¹⁹⁹ La dottrina è concorde nell'interpretare l'espressione «socio» in senso «estensivo». V., *multis*, BENEDETTELLI (nt. 47), 55; MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 52), p. 48.

²⁰⁰ V., BALLARINO (nt. 3), p. 379.

finanziari «ibridi» e la loro disciplina, il diritto di opzione, le obbligazioni, il diritto di recesso.

Il criterio di collegamento della legge nazionale dovrà regolare, invece, la capacità di agire del soggetto che abbia compiuto atti di disposizione dei titoli rappresentativi la partecipazione sociale²⁰¹.

La competenza sarà, poi, della *lex contractus* per le questioni negoziali relative al contratto avente ad oggetto la partecipazione sociale²⁰². Per esempio, la formazione del consenso, la liceità della causa, la simulazione, l'invalidità del contratto, la responsabilità per violazione del contratto, la responsabilità da prospetto etc.

Devono ritenersi, invece, soggetti alla *lex rei sitae* le questioni relative al possesso, alla proprietà e agli altri diritti reali sul titolo nonché quelle concernenti le modalità di acquisto e di perdita della proprietà e del possesso «salvo che in materia successoria e nei casi in cui l'attribuzione di un diritto reale dipenda da un rapporto di famiglia o da un contratto» (art. 51, secondo comma).

La legge regolatrice dei titoli di credito sarà, infine, competente a regolare le modalità di creazione del diritto cartolare, le eccezioni che sono opponibili dall'emittente al portatore del titolo, la legge di circolazione del titolo (al portatore, nominativa o all'ordine), l'estinzione del diritto cartolare (per esempio, procedura di ammortamento del titolo), l'eventuale obbligo di gestione accentrata dei titoli c.d. «di massa». Anche se, è bene precisare,

²⁰¹ V., DAMASCELLI (nt. 25), p. 91, il quale giustamente osserva come la legge regolatrice della capacità di agire per gli atti in questione sarà quella stabilita dall'art. 47 nel caso in cui l'atto di disposizione avvenga per testamento o la *lex societatis* nel caso in cui si tratti di determinare la capacità di agire di un ente collettivo (art. 25, n. 2, lett. d).

²⁰² Sul punto v., BALLARINO, *op. ult. cit.*, 380. Per una applicazione giurisprudenziale di questo principio, v. App. Milano 18 luglio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, pp. 678 ss. («Il contratto internazionale di compravendita di azioni rientra nell'ambito di applicazione della convenzione di Roma del 1980 poiché non ricade nell'ipotesi prevista dall'art. 1, par. 2, lett. e), che esclude dal suo ambito di applicazione le questioni inerenti al diritto di società, associazioni o persone giuridiche»).

la legge regolatrice del titolo sarà in genere coincidente con la *lex societatis* dato che di norma i titoli rappresentativi la partecipazione sociale sono emessi in base alla legge del paese di costituzione²⁰³.

f) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente

Questa categoria sembra voler ricomprende nella *lex societatis* tutte le questioni relative al regime di responsabilità patrimoniale dell'ente e alla eventuale responsabilità concorrente dei soci per le obbligazioni sociali. In particolare occorrerà riferirsi alla *lex societatis* per stabilire: 1) se per le obbligazioni sociali risponda soltanto la società con il proprio patrimonio o se i soci possano essere chiamati a rispondere in via esclusiva o solidale con il proprio patrimonio personale; 2) se la eventuale responsabilità limitata venga meno nel caso di unico socio o di pluripersonalità fittizia²⁰⁴; 3) la possibilità di superamento del velo societario per il caso di abuso della personalità giuridica (per esempio, nel caso del c.d. socio tiranno o in presenza di un gruppo di società nell'ipotesi di abusi della capogruppo).

²⁰³ V., comunque, LEANDRO, *La circolazione dei crediti cartolarizzati e la tutela del terzo nel diritto internazionale privato*, inedito, p. 110 del dattiloscritto, richiamato da DAMASCELLI (nt. 25), p. 92 che segnala un potenziale caso di non coincidenza tra *lex societatis* e legge di emissione del titolo qualora «un ordinamento assegni alla società la facoltà di trasferire la sede all'estero ed ivi emettere azioni senza perdere la nazionalità d'origine».

²⁰⁴ La giurisprudenza ha più volte applicato il vecchio art. 2362 (che prevedeva la responsabilità illimitata dell'unico socio di società di capitali) alla società straniera che fosse unico socio di una società italiana. Il ragionamento fatto dalle Corti era che, poiché la responsabilità dell'unico socio andrebbe qualificata come obbligazione che scaturisce direttamente dalla legge, nella materia in questione avrebbero dovuto trovare applicazione le norme di conflitto in materia di obbligazioni nascenti dalla legge (art. 61) che individuano come competente la legge del luogo in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione (nel caso di specie la legge del luogo in cui si verifica l'insolvenza). V. Cass. 14 febbraio 2002 n. 2111, in *Società*, 2002, pp. 971 ss.; App. Milano 18 giugno 1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 732 ss. La questione ha oggi perso rilevanza pratica dopo il recepimento dal parte dell'Italia della dodicesima direttiva in materia di diritto delle società (direttiva CE n. 88/93) effettuata con il d.lgs. 88/1993 che ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità di costituire società a responsabilità limitata unipersonali, e soprattutto con la concessione della medesima facoltà anche alle società per azioni ad opera della riforma del diritto societario operata con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (art. 2325).

g) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo

L'ultima categoria contenuta nell'elencazione legislativa include tutte le conseguenze della violazione di norme legali o di norme statutarie da parte degli organi sociali. In particolare, l'impugnazione delle deliberazioni assembleari o consiliari invalide, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori in caso di violazione da parte di questi ultimi dei loro doveri di comportamento²⁰⁵, la responsabilità degli amministratori nei confronti della società dei creditori sociali e dei singoli creditori o terzi, la *disqualification* degli amministratori (istituto tipico del diritto inglese), la responsabilità dei sindaci e dei revisori, l'impugnazione del bilancio di esercizio, la violazione di limiti legali o statutari alla circolazione delle partecipazioni, l'eventuale controllo esterno dell'autorità giudiziaria sulla società.

Bisogna ricordare che parte della dottrina ritiene che, anche con riguardo alla categoria in questione, l'applicazione della *lex societatis* debba trovare il proprio confine di applicazione nel fatto che «un certo atto o comportamento sia valutato quale fonte di responsabilità da una disposizione speciale». Mentre, qualora «nell'ordinamento di costituzione la responsabilità venisse fatta derivare dalle norme generali in tema di illecito, contrattuale o extracontrattuale, si uscirebbe dal campo di applicazione

²⁰⁵ V., per una applicazione pratica, Trib. Genova 11 settembre 1997 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, pp. 576 ss. «Ai sensi dell'art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218 la questione preliminare relativa all'esistenza e validità della delibera di autorizzazione all'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società avente sede a Curaçao, nelle Antille olandesi, è disciplinata dal diritto di tale paese, in quanto ivi è stato perfezionato il procedimento di costituzione».

dell'art. 25 e la legge regolatrice andrebbe individuata dalle altre norme di conflitto della legge volta a volta in rilievo»²⁰⁶.

5. Legge applicabile alle fattispecie estranee all'ordinamento italiano.

Come è emerso dall'analisi delle questioni sottoposte alla *lex societatis*, l'elencazione contenuta nell'art. 25, secondo comma, è stata compiuta dal legislatore seguendo fedelmente (anche nella successione degli argomenti) il modello codicistico di disciplina della società per azioni. Ciò, tuttavia, non significa che il legislatore del 1995 abbia inteso negare il carattere tipicamente internazionale delle norme di collegamento, ossia la loro funzione di individuare fattispecie non determinabili a priori e di aprire le porte a realtà giuridiche estranee all'ordinamento interno e ad eventuali nuovi istituti che possono risultare dalla fantasia degli operatori o da quella dei legislatori. Anzi è la stessa norma che, a scapito di ogni fraintendimento, si preoccupa di specificare la funzione meramente esemplificativa dell'elencazione delle materie soggette alla *lex societatis* (premettendo ad essa l'espressione: «in particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente»)²⁰⁷.

Di conseguenza, è necessario individuare un criterio che possa aiutare a risolvere i problemi che sorgono per stabilire se una determinata fattispecie estranea al nostro ordinamento (per esempio i contratti di dominazione o la *Mitbestimmung* di diritto tedesco o la disciplina di diritto inglese della *disqualification*) debba o meno rientrare nell'elenco di questioni che l'art. 25, primo comma, vuole essere soggette alla *lex societatis*.

²⁰⁶ V. BENEDETTELLI (nt. 47), p. 60.

²⁰⁷ V, *supra*, § 4.

Questo problema va tenuto distinto da quello più generale delle «qualificazioni» che è una delle questioni più antiche e dibattute del diritto internazionale privato. Infatti, mentre il «problema delle qualificazioni» si domanda a quale ordinamento debba farsi riferimento per determinare il significato delle espressioni tecnico-giuridiche utilizzate dalle norme di conflitto (ad esempio, «rappresentanza», «organi» etc.), il problema in questione riguarda la possibilità di estendere l'elenco delle materie comprese nella *lex societatis* a fattispecie sconosciute al nostro ordinamento²⁰⁸.

In pressoché tutti gli ordinamenti giuridici, il contratto di società riceve una disciplina speciale rispetto a quella di diritto civile generale. Tale disciplina speciale costituisce ciò che viene comunemente chiamato «diritto societario»²⁰⁹. Secondo l'analisi economica del diritto le ragioni della diversità di trattamento del contratto di società rispetto agli altri contratti risiedono principalmente nel fatto che, mentre questi ultimi esauriscono i loro effetti nei reciproci obblighi tra le parti, il contratto di società (che dà vita a quello che viene generalmente chiamato un *nexus of contractus*, ossia

²⁰⁸ Sul problema delle qualificazioni v., *multis*, MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2001, pp. 98 ss.; BALLARINO (nt. 4), pp. 69 ss. Per l'impostazione della questione prima della riforma del 1995 v., invece, MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli, 1996, pp. 31 ss.; SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1965, pp. 393 ss.

²⁰⁹ Sull'idea che il concetto di persona giuridica indichi, non tanto l'esistenza di un ente (*fictio iuris*), quanto piuttosto l'esistenza di «discipline speciali, ovvero di norme volte a disciplinare la condotta di un determinato gruppo di individui, che costituiscono l'ente collettivo definito persona giuridica» v., GALGANO, *Delle persone giuridiche (disposizioni generali, delle associazioni e delle fondazioni)*, commento sub. artt. 11-35 in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, pp. 16 ss., ove tra l'altro, ulteriore bibliografia. Questa idea era già stata in parte abbozzata dall'Arangio Ruiz che considerava caratteristica essenziale della persona giuridica «la circostanza che l'ente corrispondente alla persona giuridica ... non s'identifica con un'entità materiale data, ma è costituito invece da un'entità meramente giuridica in funzione di centro strumentale di imputazione; entità che – posto che di entità giuridica si possa parlare – più che alle persone fisiche, intese come soggetti corrispondenti ad esseri umani, si contrappone alle persone reali intese come soggetti corrispondenti ad entità extra o pre-giuridiche». V., ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, pp. 43 ss.

un reticolo di contratti) crea esigenze di disciplina ulteriori al fine di regolare in modo ottimale le relazioni di *agency* che coinvolgono i soggetti che sono in qualsiasi modo portatori di un interesse nei confronti dell'ente (c.d. *stakeholders*), ed in particolare i rapporti tra soci e amministratori, quelli tra soci di maggioranza e soci di minoranza e quelli tra la società considerata nel suo complesso e gli altri *stakeholders*, quali per esempio i lavoratori, i creditori sociali, il fisco etc.²¹⁰. Se questa è la funzione tipica del diritto societario si capisce anche perché tutti i principali ordinamenti prevedano norme di collegamento in materia di società più o meno rigide al fine di evitare che società operanti all'interno del loro territorio e che entrano, dunque, in contatto con i propri cittadini, possano scegliere di operare tramite regole che non tutelino in maniera adeguata le varie categorie di *stakeholders*. Infatti, mentre in materia di obbligazioni contrattuali la Convenzione di Roma si ispira al modello della «libertà di scelta delle parti», che sono di libere di scegliere quale legge regolatrice del loro contratto anche una legge che non abbia alcun ulteriore collegamento con il contratto stesso, in materia di società nessun ordinamento prevede una regola analoga, ma tutti si preoccupano di stabilire un criterio di collegamento di natura inderogabile (nessun ordinamento, per esempio, prevede una norma del seguente tenore: «le società sono regolate dalla

²¹⁰ V., *multis*, KRAAKMAN-DAVIES-HANSMANN-HERTIG-HOPT-KANDA-ROCK, *Diritto societario comparato*, traduzione it., Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 29 ss. «nella società di capitali vengono alla luce tre problemi di *agency*. Il primo riguarda il conflitto tra i proprietari dell'impresa e i manager assunti dalla stessa. In questo caso ... il problema sta nell'assicurare che i manager facciano gli interessi dei proprietari piuttosto che i propri. Il secondo problema di *agency* implica il conflitto tra i soci che posseggono la maggioranza delle azioni o che comunque controllano la società, da un alto, e i soci di minoranza o di controllo dall'altro. Qui ... la difficoltà sta nell'assicurare che i primi non subiscano spoliamenti dai secondi. Il terzo problema di *agency* implica il conflitto tra la società stessa (inclusi in particolare i soci) e le altre parti con le quali la prima contatta, come i creditori, lavoratori e consumatori). Qui la difficoltà risiede nell'assicurare che la società, in quanto *agent*, non agisca in maniera opportunistica nei confronti di questi altri vari principal – ad esempio espropriando i creditori, sfruttando i lavoratori o ingannando i consumatori».

legge scelta dalle parti»). Ciò costituisce, inoltre, una conseguenza del fatto che mentre il contratto nasce dall'autonomia privata e l'ordinamento si limita ad attribuirgli degli effetti giuridici, le società nascono, invece, da un atto della pubblica autorità che conferisce all'ente la personalità giuridica sotto la condizione della sottoposizione alle regole che l'ordinamento detta per le società stesse.

In altre parole, il criterio di collegamento in materia di società presenta carattere di specialità rispetto al criterio di collegamento in materia di obbligazioni contrattuali nella stessa misura in cui la disciplina di diritto sostanziale delle società presenta carattere di specialità rispetto alla disciplina di diritto civile generale.

Una ulteriore dimostrazione di quanto detto si può ricercare anche in materia di obbligazioni contrattuali dove il legislatore della Convenzione di Roma ha ritenuto di dover derogare alla regola delle libertà di scelta delle parti con riguardo ai contratti conclusi dai consumatori per i quali, in considerazione della sproporzione della forza negoziale tra gli attori in gioco (il professionista e il consumatore), si pone l'esigenza di tutelare la parte più debole del rapporto contrattuale²¹¹.

Alla luce di quanto premesso, sembra che un criterio valido a delimitare i confini di applicazione dell'art. 25 possa desumersi proprio dal carattere internazionale della norma e dalla sua impostazione sistematica. Infatti, poiché la disposizione sembra voler includere nella *lex societatis* tutte

²¹¹ V. l'art. 5 della Convenzione che, in materia di contratti conclusi con il consumatore deroga al principio della libertà di scelta della legge applicabile al contratto e stabilisce che «la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente».

le questioni che il nostro ordinamento considera come appartenenti al «diritto societario», come è dimostrato dal fatto che il legislatore del 1995 nell'elencare le questioni rientranti nella *lex societatis* ha utilizzato il modello codicistico di disciplina degli enti senza prevedere alcuna esclusione, può ricavarsene che in presenza di una fattispecie sconosciuta al nostro ordinamento e la cui appartenenza al «diritto societario» appaia incerta, occorrerà verificare se alla luce della sua funzione tipica, l'istituto in questione sia o meno diretto a regolare relazioni di *agency* tra i soggetti portatori di interessi verso la società. Soltanto in quest'ultimo caso sarà giustificabile l'applicazione della disciplina più restrittiva della *lex societatis*.

6. *L'applicazione della legge italiana alle società aventi in Italia la «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa.*

L'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato, dopo aver previsto che le società sono disciplinate «dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione», pone un'importante eccezione a questa regola e assoggetta alla «legge italiana» le società straniere che abbiano situato in Italia «la sede dell'amministrazione» e quelle il cui «oggetto principale» dell'impresa si trovi in Italia. In quanto norma eccezionale è da ritenere che la stessa debba essere tendenzialmente interpretata restrittivamente, ossia nel senso di ridurre il più possibile il campo di applicazione della *lex incorporationis*.

La disposizione in esame fa riferimento essenzialmente a tre fattispecie: *a)* la costituzione di una società pseudo-straniera, ossia di una società costituita all'estero al fine di operare esclusivamente o principalmente in Italia; *b)* il caso dello spostamento da parte di una società

costituita all'estero della propria sede reale in Italia senza contestuale trasferimento della sede sociale²¹²; c) il caso di una società già assoggettata alla legge italiana ma solo ai fini della pubblicità per aver istituito in Italia una sede secondaria con rappresentanza stabile (art. 2508) che si ritrovi in un secondo momento assoggettata alla legge italiana anche a fini sostanziali avendo nel frattempo circoscritto in Italia l'oggetto dell'impresa o avendovi istituito sempre di fatto la sede dell'amministrazione. Nei casi b) e c) si è di fronte ad un mutamento dell'interesse dell'ordinamento nei confronti di uno stesso soggetto straniero tale da giustificare l'applicazione di un regime più rigoroso.

Da tali fattispecie occorre distinguere, invece, il caso di una società costituita all'estero che nel corso della sua vita si trova ad essere sottoposta alla legge italiana perdendo contemporaneamente la nazionalità di origine per effetto di un trasferimento della sede legale in Italia o in conseguenza di una fusione per incorporazione in una società italiana²¹³.

Va precisato che l'applicazione della norma è stata, almeno fino ad oggi, piuttosto rara in quanto le società straniere che operano in Italia preferiscono farlo mediante la costituzione di una società di diritto italiano e non mediante lo stabilimento di una sede secondaria nel nostro Paese²¹⁴ (fattispecie quest'ultima che potrebbe dar luogo all'applicazione della disposizione in esame qualora si provi la natura di sede reale dello

²¹² V., anche, *supra*, § 1.B.b, ove, tra l'altro, alcuni esempi.

²¹³ Sul punto v., *infra*, capitolo terzo.

²¹⁴ V., ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. ____ . V., inoltre, ESTEBAN DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, p. 2, il quale osserva come negli ultimi tempi la via utilizzata dalle società americane per stabilirsi nell'Unione Europea sia la costituzione di una società affiliata nel Regno Unito o nei Paesi Bassi. L'A. giustifica la preferenza di questi ordinamenti da parte delle società americane sulla base della maggiore flessibilità della legislazione societaria degli stessi.

stabilimento). Questo probabilmente perché la presenza (non soltanto in Italia) di norme protezionistiche contro le società pseudo-straniere rende più conveniente operare nel nostro Paese per il tramite di una società di diritto locale²¹⁵.

La situazione potrebbe, tuttavia, cambiare rapidamente sia per effetto del mutato assetto dei rapporti internazionali e della globalizzazione dell'economia che potrebbe portare con maggiore facilità rispetto al passato a spostamenti involontari della sede reale da un ordinamento all'altro anche in relazione al compimento di singoli affari che comportano un trasferimento pressoché totale delle attività in un determinato Paese, sia per effetto della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, ha in buona parte eliminato gli ostacoli all'esteroinvestizione delle società in ambito comunitario.

Un caso di spostamento della sede reale in Italia da parte di una società straniera senza contestuale trasferimento della sede sociale si è recentemente verificato per *Vodafone Omnitel N.V.*, società di diritto olandese operante nel settore della telefonia mobile. Questa società, in seguito ad alcune operazioni di fusione, incorporava, assieme ad altre società non operative di varie nazionalità, *Omnitel Pronto Italia S.p.A.*, società di diritto italiano anch'essa gestore di telefonia mobile. In seguito all'incorporazione *Vodafone Omnitel N.V.* istituiva in Italia la sua sede amministrativa della

²¹⁵ Un precedente nella giurisprudenza si registra in un decreto del Tribunale di Pordenone che omologava la deliberazione con la quale una società costituita in Lussemburgo deliberava il trasferimento della propria sede sociale ed amministrativa in Italia. Il Tribunale rilevava che «non trattandosi della costituzione *ex novo* di una società, ma solo del trasferimento e trasformazione di un soggetto già esistente anche per l'ordinamento italiano (che, come emerge dall'art. 2505 cod. civ. riconosce soggettività giuridica anche agli enti costituiti all'estero secondo le norme ivi vigenti, salvo pretendere il loro adeguamento all'ordinamento italiano in presenza di determinati criteri di collegamento), non è necessario il versamento dei tre decimi del capitale sociale presso un Istituto di credito legittimato». V. Trib. Pordenone, 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, pp. 187 ss. Per alcune considerazioni su questa decisione v. BALLARINO (nt. 43), p. 67.

quale chiedeva l'iscrizione nel registro delle imprese e svolgeva la propria attività imprenditoriale interamente sul territorio italiano dove aveva anche ottenuto le necessarie autorizzazioni e licenze amministrative dalle Autorità italiane. Si poneva così il problema, che fu poi risolto al livello di consulenza, della esatta determinazione dello statuto della società²¹⁶.

Ciò premesso si può osservare che la norma riprende i medesimi criteri alternativi di contatto che già sotto la vigenza dell'art. 2505 cod. civ. costituivano il presupposto per la «nazionalizzazione» delle società costituite secondo il diritto straniero²¹⁷. Di conseguenza, quest'ultima norma, seppur abrogata, continua ad avere un proprio significato ed un certo valore interpretativo. Infatti, le considerazioni dottrinali svolte in passato, nonché la giurisprudenza (in realtà poca) relativa all'operatività dell'art. 2505 cod. civ., possono valere anche per la norma contenuta nell'art. 25 della legge sul diritto internazionale privato o comunque influire sulla comprensione dei principi che ne sono alla base²¹⁸.

²¹⁶ Un altro caso è riportato da PORTALE-TOMBARI, *OPA transnazionale e decentramento delle strutture di governance*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, pp. 295 ss. La questione riguardava il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto amichevole lanciata da una società quotata italiana su una società quotata tedesca con susseguente decentramento del *management* in Germania. Si poneva così il problema se l'applicazione della *Sitztheorie* avrebbe potuto imporre la ricostituzione della società italiana acquirente in Germania.

²¹⁷ L'abrogato art. 2505, cod. civ., disponeva, infatti, che «le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana».

²¹⁸ Sul punto v., anche, SANTA MARIA, *Società* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, 1998, p. 3; LUZZATTO-AZZOLINI (nt. 4), p. 149. Al riguardo sembra interessante la decisione della Suprema Corte nel caso *Fragiacomo c. Società anonima Zauberberg e Chiavis* (in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, pp. 545 ss.), vertente sull'esistenza di una società del Liechtenstein e sulla conseguente validità di un contratto da essa stipulato, in considerazione del fatto che questa, a detta dell'attore, aveva trasferito la sua sede reale in Italia senza ricostituirsi nel nostro Paese. La Corte di cassazione, dopo aver riconosciuto in astratto la possibilità dell'effetto del non riconoscimento in conseguenza della mancata ricostituzione, rilevava che per dimostrare che la sede di una società è di fatto localizzata in Italia «non è sufficiente allegare che uno degli amministratori (sia pure dotato di pieni poteri) vi risiede», e per localizzare in Italia l'oggetto principale di un'impresa sociale «non basta dedurre che la società era stata costituita per il compimento di una singola operazione in Italia e che a questa operazione non ne sarebbero seguite altre». Invece, secondo la Suprema Corte, «per stabilire se una società costituita all'estero sia

La formulazione del nuovo art. 25 ha dato vita a non poche discussioni. I principali dubbi interpretativi riguardano il significato da attribuire alle espressioni «sede dell'amministrazione» e «oggetto principale», il *quantum* del diritto italiano da applicare alle società che presentino uno dei due collegamenti previsti dalla norma e le conseguenze dal mancato adeguamento al diritto italiano.

6.1. La «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa.

Presupposto per l'applicazione della legge italiana alle società straniere è, come anticipato nel paragrafo precedente, la localizzazione in Italia della «sede dell'amministrazione» ovvero dell'«oggetto principale della società». Assoggettate alla legge italiana sono poi naturalmente anche le società che sebbene abbiano localizzato all'estero i suddetti criteri di collegamento si siano costituite secondo la legge italiana.

Mentre restano fuori dal campo di applicazione della norma quelle società aventi una o più sedi con rappresentanza stabile in Italia nessuna delle quali possa qualificarsi come sede principale. Per queste società troveranno, infatti, applicazione le disposizioni di cui agli artt. 2507 ss. cod. civ. dettate in materia di società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato che, come è noto, assoggettano tali società ad alcune norme italiane in materia di pubblicità, di conduzione dell'attività d'impresa e di responsabilità degli amministratori o di quanti abbiano agito nel nome della società. Questa disciplina, sebbene anch'essa finalizzata a garantire alla

o meno soggetta alle disposizioni della legge italiana a norma dell'art. 2505 c.c. occorre avere riguardo alla realtà effettiva e non fermarsi alle risultanze degli atti ufficiali». Inoltre, «l'onere di provare la non corrispondenza tra le previsioni statutarie e la realtà spetta a chi la sostiene e pretende di trarne determinate conseguenze».

generalità degli operatori commerciali un certo grado di protezione, è, dunque, assai meno intensa e pregnante di quella disposta dall'art. 25 ²¹⁹.

Per «sede dell'amministrazione» si intende generalmente il luogo dal quale provengono «gli impulsi volitivi inerenti all'attività amministrativa della società»²²⁰. Anche la giurisprudenza, nelle pochissime occasioni in cui si è occupata del concetto in questione, ha in linea di massima aderito a questa definizione²²¹.

Per oggetto principale dell'impresa, invece, si intende «l'attività concreta diretta al raggiungimento dello scopo sociale, ossia l'attività imprenditoriale per svolgere la quale la società è stata creata dai soci»²²².

A ben vedere, tuttavia, l'innegabile indeterminatezza dei concetti in questione rende vano lo sforzo interpretativo di definirne il contenuto in termini astratti. Tali concetti hanno, infatti, una valenza piuttosto fattuale.

Inoltre l'utilità stessa della distinzione tra i due concetti sembra essere venuta meno in seguito all'abrogazione del codice di commercio.

Infatti, può essere interessante osservare che tanto le previsioni del codice del 1942 quanto quelle del 1995 hanno previsto una disciplina più rigida per la «nazionalizzazione» delle società straniere rispetto a quella del codice di commercio, come si desume dal fatto che, ai fini della sottoposizione integrale alla legge italiana non è più necessario che in Italia

²¹⁹ Su tale disciplina v., *ex multis*, ENRIQUES, (nt. 114), pp. __ ss.

²²⁰ Così, SIMONETTO, *Commento sub art. 2505 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna, 1976, p. 389. In senso analogo v., *ex multis*, BENEDETTELLI (nt. 47), p. 90; SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 100; ANGELICI, *Società costituite o operanti all'estero* (voce), in *Enc. giur.*, pp. 6 ss.

²²¹ Per vero gli unici precedenti sono, a quanto consta, tutti risalenti alla disciplina precedente alla riforma del diritto internazionale privato del 1995. V., Trib. Genova 31 marzo 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pp. 802 ss.; Trib. Roma 2 maggio 1963, in *Giust. civ.*, 1964, pp. 698 ss.

²²² V., SIMONETTO (nt. 112), p. 392. V., anche, ZANELLI, *Nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 26 ss.; CAGNASSO, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Walter Bigiavi, Torino, 1965, p. 355 ss.

si trovino sia la sede della società che l'oggetto principale dell'impresa essendo, invece, sufficiente la presenza di uno soltanto di questi elementi. Sotto il vigore del codice di commercio l'esatta determinazione dei profili tipologici dei suddetti criteri di contatto assumeva, dunque, notevole rilevanza poiché la dimostrazione che una società avesse soltanto uno degli elementi di contatto con l'ordinamento italiano sarebbe valsa ad escludere l'onerosa imposizione della legge italiana ad una società straniera. Infatti, sebbene all'epoca del codice di commercio fosse assai arduo immaginare una società estera che avesse in Italia il materiale esercizio della propria attività di impresa senza tenervi alcuna sede di rappresentanza o ufficio amministrativo, facilmente verificabile era l'ipotesi inversa di una società che avesse la propria sede amministrativa in Italia ma l'oggetto principale all'estero.

Senza entrare per adesso nel merito della scelta di imporre l'applicazione della legge italiana ad una società straniera, si può osservare come la diversità di trattamento tra la fattispecie in cui la società avesse entrambi gli elementi di collegamento sopra descritti in Italia e quella in cui avesse nel nostro Paese soltanto uno di tali elementi risultava in effetti ingiustificata e dava luogo a forti elementi di incertezza e di litigiosità tanto da essere stata considerata da alcuni commentatori una «grave lacuna» dell'ordinamento²²³. Ciò anche perché era assai discutibile ogni tentativo di individuare una linea di demarcazione netta fra i due criteri di contatto.

E' probabile che proprio per questo motivo il legislatore del 1942 abbia deciso di modificare la formula nel senso di imporre l'applicazione della legge italiana in presenza anche di uno soltanto dei criteri di contatto in questione.

²²³ V., DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, Firenze, 1900, p. 355.

Ad avviso di chi scrive è più corretto ritenere che i due fattori di contatto descritti debbano in realtà essere visti come una mera esemplificazione di un più ampio criterio unico che li ricomprende entrambi, mentre non ha alcuna utilità la delimitazione dei concetti espressi in tali esemplificazioni.

Tale criterio corrisponde a ciò a cui ci si riferisce normalmente con l'espressione «sede reale»²²⁴, che deve essere intesa non soltanto in senso giuridico ma anche in senso economico alla luce della funzione che la legge attribuisce alla previsione in questione.

La ratio della norma sembra dover essere individuata, da un lato nell'esigenza di tutelare l'affidamento dei propri cittadini che entrano in contatto con una società che secondo un criterio economico si presenta come una società nazionale (tutela dell'affidamento) e dall'altro in quella di neutralizzare l'utilizzo della società pseudo-straniera come strumento per eludere l'applicazione della legge italiana mediante la costituzione di società in ordinamenti con una legislazione meno severa che non tutelino in maniera adeguata le varie categorie di soggetti che instaurano relazioni contrattuali con la società (soprattutto creditori, soci, lavoratori e fisco)²²⁵. Inoltre, gli Stati potrebbero avere un interesse a che la sede statutaria di una

²²⁴ V., *supra*, § 1.

²²⁵ V., anche, la relazione del Guardasigilli ove si afferma che «scopo della norma è quello di impedire che l'utilizzazione di un soggetto costituito all'estero possa consentire il godimento di una posizione di privilegio rispetto alle società italiane». V., RAMONDELLI, *Società straniere: requisiti di validità e riconoscimento*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1990, p. 254. Il punto era stato già sottolineato dal Vivante durante la vigenza del codice di commercio, il quale, con riferimento alle società estere che intendono esercitare la propria attività in Italia così si esprimeva: «se queste società continuano ad essere regolate dalle leggi straniere, ben disgraziata diviene la posizione degli azionisti italiani, poiché nessun diritto di regola concedono le leggi straniere alle minoranze...la loro difesa dipende dal beneplacito delle maggioranze straniere, che sono per lo più alla mercé di amministratori stranieri». V., VIVANTE, *Le società estere*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, pp. ____ ss

società coincida con quella effettiva, poiché una tale situazione consentirebbe allo Stato un controllo più efficace sulla società anche a fini fiscali²²⁶.

Dunque, a prescindere dal luogo in cui si trovi la sede dell'amministrazione (statutaria o effettiva) o da quello in cui vengano compiuti gli atti diretti al perseguimento dello scopo sociale, la disposizione in esame dovrà trovare applicazione quando guardando alla sostanza e non alla mera forma della società risulti che la stessa abbia una connessione con il tessuto economico-sociale italiano prevalente rispetto tanto alla connessione con l'ordinamento di costituzione quanto a quella che essa eventualmente abbia con qualsiasi altro ordinamento nel cui ambito svolga la propria attività.

La valutazione che dovrà essere compiuta dal giudice sarà, dunque, una valutazione di mero fatto e dovrà tenere in conto tutti gli elementi presenti nel caso concreto²²⁷. Al riguardo, parametri di riferimento potrebbero essere, per esempio, oltre alla sede dell'amministrazione (statutaria ed effettiva) e all'oggetto principale dell'impresa (che rischiano di essere criteri la cui eccessiva genericità potrebbe renderne difficile l'applicazione) anche il luogo in cui la società abbia concentrato le risorse umane e i mezzi materiali più importanti per il raggiungimento dei propri scopi (dipendenti, consulenti, fabbriche stabilimenti, depositi, impianti,

²²⁶ V., WERLAUFF, *EC Company Law. Common Business Law of 28 States, second edition*, DJØF, Copenhagen, 2003, p. 37.

²²⁷ Il punto è sottolineato anche dagli stessi lavori parlamentari, ove si rileva espressamente la necessità di interpretare la disposizione «in senso non formalistico» come riferita ad «enti la cui attività si svolgerà prevalentemente in Italia». V., Senato della Repubblica, *Giunte e Commissioni parlamentari*, 153° resoconto, 17 maggio 1995, p. 14. Nella giurisprudenza, v. la sentenza della Corte di Cassazione del 10 dicembre 1974 nel caso Fragiaco c. Soc. anonima Zauburger, dove la S.C. afferma che «per stabilire se una società costituita all'estero sia o meno soggetta alle disposizioni della legge italiana a norma dell'art. 2505 cod. civ. occorre avere riguardo alla realtà effettiva e non fermarsi alle risultanze degli atti sociali» (Cass. 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, pp. 545 ss.).

mezzi di trasporto etc.), la nazionalità e la residenza dei soci e degli amministratori o di coloro che di fatto assumono le decisioni per la società, il mercato nazionale nel quale la società operi in via principale, il rapporto quantitativo tra sedi estere e sedi nazionali, il valore delle proprietà possedute in un determinato territorio, il calcolo dei ricavi derivanti dalle vendite in un determinato Stato, la residenza dei possessori dei diritti di voto etc.²²⁸.

Resta comunque il fatto che, come si è sottolineato in precedenza, la diffusione dei moderni mezzi di telecomunicazione e la globalizzazione delle imprese rendono alle volte quanto meno discutibile la concreta individuazione della «sede dell'amministrazione» (specialmente nel caso di decentramento delle strutture amministrative) o di qualsiasi altro criterio di collegamento effettivo rischiando quindi di mettere in crisi la corretta applicazione del principio della sede²²⁹.

Quid iuris, invece, quando alla luce di tale analisi fattuale risulti che la connessione con il territorio italiano sia equivalente a quella con un altro paese estero? Sebbene ogni soluzione di tale problema appaia incerta, un percorso interpretativo potrebbe essere quello secondo il quale, poiché la norma che stabilisce la sottoposizione delle società costituite all'estero alla legge italiana ha carattere eccezionale, essa dovrà, nel dubbio, essere interpretata in senso restrittivo, e. dunque, nel senso di prevalenza della legge del paese di costituzione (salva ovviamente l'applicazione delle norme

²²⁸ V., BALLARINO, (nt. 4), p. 365 secondo cui non potrà applicarsi la legge italiana ad una società che abbia per oggetto la semplice gestione di partecipazioni azionarie esclusivamente o anche prevalentemente italiane o ad una società straniera di trasporto che di fatto svolga la propria attività prevalentemente in Italia.

²²⁹ Si pensi, per esempio, al caso di una società straniera costituita da cittadini italiani residenti fuori dall'Italia per gestire un sito internet in lingua italiana che (essendo in lingua italiana) svolge attività di commercio elettronico prevalentemente con cittadini italiani utilizzando però un provider straniero.

in tema di sedi secondarie con rappresentanza stabile, qualora ve ne siano). Il legislatore, infatti, nell'ottica della più volte richiamata apertura del nostro ordinamento ai valori giuridici stranieri ha sottoposto le società costituite all'estero che operano nel nostro territorio tendenzialmente alla legge straniera e ha previsto l'applicazione della legge italiana come una mera eccezione. Questo carattere di norma eccezionale potrebbe valere, dunque, a giustificare l'interpretazione in senso restrittivo dell'ultima parte dell'art. 25. Se ne potrebbe dedurre, in altre parole, una presunzione di prevalenza della legge straniera rispetto alla legge italiana.

Un'ultima notazione va fatta, infine, sulla concreta operatività del principio della sede reale come presupposto per l'applicazione della legge italiana.

E' da ritenere, infatti, che la formula secondo cui si applica la legge italiana quando la sede dell'amministrazione «è situata» in Italia ovvero quando in Italia «si trova» l'oggetto principale dell'impresa debba essere intesa nel senso che al fine dell'applicazione italiana siano necessarie la continuità e l'attualità del collegamento effettivo con l'ordinamento italiano.

Sotto il primo profilo sarà necessario dimostrare una certa continuità temporale della localizzazione della sede reale in Italia non essendo sufficiente il riferimento ad un singolo atto o ad un singolo affare. Per esempio, potrebbe in alcuni casi risultare ingiusto imporre l'applicazione della legge italiana ad una società di costruzioni che operando nel settore delle grandi opere pubbliche può ritrovarsi in relazione ad un singolo appalto a localizzare gran parte o addirittura tutta la propria organizzazione in Italia.

Sotto il secondo profilo, va rilevato che, una volta provata la continuità temporale del collegamento, l'applicazione della legge italiana e

le eventuali conseguenze del mancato adeguamento al diritto italiano dovranno essere circoscritte al solo periodo in cui la società risulti avere localizzato la propria sede reale in Italia con esclusione, quindi, tanto del periodo precedente a tale localizzazione quanto del periodo successivo alla cessazione della stessa²³⁰.

Quanto alle modalità di adeguamento alla nostra legge, occorre ulteriormente distinguere se la società prima di spostare la sua sede reale in Italia abbia operato per un certo periodo di tempo nel Paese di costituzione o se abbia, invece, svolto la sua attività *ab origine* in Italia risultando quindi solo formalmente una società straniera (società pseudo-straniera).

Nel primo caso la legge italiana troverà applicazione solamente a partire dalla localizzazione della sede reale dell'ente in Italia, ragion per cui l'adeguamento dello statuto sociale alla legge italiana (per esempio, con riguardo alla entità del capitale sociale) non pregiudica in alcun modo la nazionalità straniera della società e la preesistente applicazione della legge di costituzione, nei limiti in cui essa è compatibile con la legge italiana.

Nel secondo caso, invece, la legge italiana si applicherà *ab origine*, con la conseguenza che l'adeguamento al diritto italiano comporterà il rispetto dei requisiti sostanziali e formali previsti in caso di costituzione della società.

6.2. Effetti della localizzazione in Italia della sede reale.

La disposizione di cui all'art. 25, primo comma, secondo periodo, ha la funzione di limitare l'efficacia della *lex societatis* richiamata dalla prima parte della norma, disponendo che in caso di localizzazione in Italia della

²³⁰ Sul punto v., anche, SIMONETTO (nt. 112), pp. 390 ss.

sede reale, una società anche se costituita all'estero è assoggettata alla «legge italiana»²³¹.

Va precisato che in ogni caso l'adeguamento al diritto italiano non costituisce in alcun modo condizione per il riconoscimento della società straniera che è già riconosciuta per effetto dell'art. 25 e dell'art. 16, secondo comma, cod. civ., ma è soltanto «condizione affinché l'ente già esistente all'estero possa anche in Italia svolgere la sua attività quale persona giuridica»²³². Ciò significa che la società dovrà in ogni caso esser riconosciuta come soggetto di diritti ai fini, per esempio, della capacità contrattuale e più in generale della capacità di essere titolare di diritti e di obblighi.

Con riguardo al significato da attribuirsi all'espressione «legge italiana», e quindi all'individuazione delle disposizioni della legge italiana applicabili alle società straniere aventi una sede reale nel nostro ordinamento, sembra possibile individuare tre principali percorsi interpretativi.

A) La tesi dell'applicazione integrale della legge italiana.

Un primo orientamento tende ad applicare la legge materiale italiana nella sua interezza alle società incorporate secondo il diritto di uno Stato estero ma aventi uno stretto collegamento con l'economia italiana quale la localizzazione sul suo territorio della «sede dell'amministrazione» ovvero dell'«oggetto» principale dell'impresa²³³.

²³¹ V., BENEDETTELLI (nt. 4), p. 88.

²³² V., BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 152; Cfr., anche, BALLARINO (nt. 4), p. 362.

²³³ V. in questo senso, CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli 1953, pp. 154 ss.; VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, Torino, pp. 123 ss.; LEANZA, *Società straniera* (voce), in *Novissimo*

La dottrina e la giurisprudenza che si rifanno a questo orientamento ritengono che l'applicazione integrale della legge italiana risponda ad un'esigenza di controllo sulla struttura degli enti che operano stabilmente nel sistema economico italiano, ma che essendo costituiti secondo una legge straniera potrebbero sfuggire al controllo dello Stato italiano.

Tra gli interpreti che aderiscono a questa posizione più radicale di applicazione integrale della legge italiana, alcuni ritengono che una società straniera legittimamente costituitasi secondo il diritto straniero debba ricostituirsi secondo la legge italiana, mentre altri considerano l'obbligo di ricostituzione una misura eccessiva e ritengono sufficiente l'adattamento della società straniera al corrispondente tipo societario previsto dall'ordinamento italiano. In tal modo la società straniera finisce di fatto con l'adottare la struttura e l'organizzazione di uno dei modelli societari predisposti dal nostro ordinamento senza che si realizzi interruzione dell'esistenza della persona giuridica straniera alla quale non viene imposto lo scioglimento e la successiva ricostituzione.

La conseguenza sarebbe che una società incorporata in uno Stato estero che abbia successivamente proceduto ad adattarsi alla legge italiana sul tipo societario corrispondente non rimane straniera. L'applicazione della legge italiana inciderebbe in tal modo sulla nazionalità e sull'identità della società.

Digesto Italiano, vol. XVII, Torino, 1970, p. 697; FERRARO, *Società estere e sedi secondarie in Italia*, in *Soc.*, 1986, pp. 85 ss.; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Francesco Vassalli, vol. X, Torino, 1987, pp. 86 ss.; CAPELLI, *La nuova legge applicabile alle società costituite all'estero*, in *Soc.*, 1995, pp. 1154 ss.; VISMARA, *Prime applicazioni giurisprudenziali delle norme attuative dell'undicesima direttiva comunitaria in tema di società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 89 ss.; PICCOLI-ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 174 ss. In giurisprudenza, v. Cass. S.U. 26 maggio 1969, n. 1857, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 359.

B) La tesi che distingue fra società costituite all'estero che spostano la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa in Italia e società costituite all'estero che hanno fin dall'inizio la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa in Italia.

Un secondo orientamento si basa sull'elemento discriminante del tempo e ritiene applicabili tutte le disposizioni del diritto societario italiano qualora la società sia collegata con il territorio italiano fin dal momento della sua costituzione all'estero. Sarebbero, invece, applicabili solo le disposizioni italiane di natura imperativa e di ordine pubblico nel caso in cui la società abbia localizzato in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa in un momento successivo alla sua costituzione, già avvenuta all'estero²³⁴.

Pertanto, qualora la società, pur costituita all'estero, si trovi ad essere amministrata o eserciti la propria attività imprenditoriale sin dall'inizio in Italia, troverebbe applicazione integrale la legge italiana in conformità con quanto detto a proposito del primo orientamento. Questo sulla base dell'idea che il procedimento di formazione all'estero sia stato strategicamente utilizzato solo per eludere le norme italiane in materia societaria (*pseudo-foreign corporation*). E l'applicazione integrale della legge italiana sarebbe lo strumento per ricondurre la fattispecie all'interno della corretta qualificazione di società italiana a tutti gli effetti, privandola del carattere di estraneità. In mancanza di adeguamento al diritto italiano la conseguenza sarebbe l'inesistenza in Italia della società come società

²³⁴ V., SANTA MARIA (nt. 113), pp. 176 ss.; BALLARINO (nt. 114), pp. 61 ss.; BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine società*, in *Riv. soc.*, 1980, pp. 152 ss.

straniera e la responsabilità illimitata e solidale per coloro che agiscono in nome della società *ex art. 2509-bis* (se applicabile).

Qualora, invece, la società incorporata in uno Stato straniero trasferisca la sede amministrativa e la propria attività di impresa all'interno del territorio italiano solo in una fase successiva alla costituzione, dopo aver operato per un certo lasso di tempo nel paese di origine, potranno trovare applicazione soltanto le disposizioni del diritto italiano aventi natura imperativa o facenti parte dell'ordine pubblico. Soltanto in questa ipotesi, infatti, verrebbe in rilievo la necessità preminente di tutelare i pubblici interessi, coinvolti solo in questa fase successiva.

Questa tesi, che si faceva derivare in via di interpretazione dal combinato degli abrogati artt. 2505 e 2509, non sembra più giustificata in base alla nuova disciplina di diritto internazionale privato. Il nuovo art. 25 non consente, infatti, alcuna differenziazione basata sul momento temporale in cui si realizzino i presupposti per l'applicazione dei criteri di collegamento. Inoltre, una tale distinzione sembrerebbe, come si vedrà a breve, contraria alla funzione stessa delle norme contro le società straniere²³⁵.

C) La tesi dell'applicazione cumulativa delle norme straniere dello Stato di costituzione e delle norme imperative italiane.

Un ultimo orientamento è incline a ritenere che il diritto straniero, a norma del quale è avvenuta la costituzione della società, sia competente a

²³⁵ Nel senso dell'ingiustificatezza di tale tesi v., anche, RAMONDELLI, *Società costituite all'estero*, in *Imprese e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, Milano, 1990, p. 232. *Contra* v., RIGHINI, *Strumenti giuridici e fiscali per l'internazionalizzazione*, Milano, 2006, p. 147, il quale, tuttavia, non apporta alcuna argomentazione a sostegno.

regolare tutte le vicende che riguardano la stessa, ma dovrebbe essere affiancato dalle norme italiane di natura imperativa in caso di localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'impresa. Tali norme imperative andrebbero, dunque, semplicemente a cumularsi alla *lex incorporationis* senza che quest'ultima venga meno.

Questo orientamento interpretativo, oggi dominante, si è essenzialmente formato successivamente all'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995²³⁶.

A favore di questa ricostruzione vengono portati i seguenti argomenti: a) l'art. 25, primo comma, se raffrontato con l'abrogato art. 2505 cod. civ., evidenzerebbe l'assenza della parola «tutte» con riferimento alle disposizioni della legge italiana da applicare. La non ripetizione dell'espressione nella formulazione del nuovo testo dell'art. 25 costituirebbe, a detta di questa dottrina, un indizio a favore della tesi secondo cui la legge italiana non si estende all'intero complesso normativo, ma si limita alle disposizioni imperative; b) Un ulteriore indice di tale limitazione sarebbe ricavabile dalla circostanza che nella formulazione del nuovo art. 25 non compare più, rispetto al previgente testo dell'art. 2505 cod. civ., la necessità che anche i «requisiti di validità dell'atto costitutivo» della società costituita all'estero rispondano ai criteri propri della legge italiana, in tal modo esprimendosi per l'applicazione non integrale delle disposizioni materiali italiane; c) l'utilizzo dell'avverbio «tuttavia» che viene premesso alla formulazione della clausola e il riferimento della norma a quegli stessi «enti» che sono regolati dalla legge del paese di costituzione, confermerebbero il

²³⁶ Aderiscono a questo orientamento, *ex multis*, BENEDETTELLI (nt. 47), pp. 87 ss.; BALLARINO (nt. 114), pp. 361 ss.; LUZZATTO-AZZOLINI (nt. 4), 148 ss.; DAMASCELLI (nt. 4), pp. 58 ss.

ruolo di norma eccezionale dell'art. 25, primo comma, ultima frase, rispetto alla regola generale della *lex incorporationis*²³⁷.

6.3. Tipologia di norme applicabili alle società straniere aventi la «sede reale» in Italia.

La questione merita ulteriore approfondimento.

Innanzitutto, la legge sul diritto internazionale privato prevede alcuni limiti di carattere generale all'ingresso del diritto straniero nel nostro ordinamento. In particolare, l'art. 16 stabilisce che la legge straniera non può in ogni caso trovare applicazione quando i suoi effetti siano contrari all'«ordine pubblico» (internazionale)²³⁸. Mentre il successivo art. 17 fa salva la prevalenza sulle disposizioni straniere delle c.d. «norme di applicazione necessaria», ossia di quelle «norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera»²³⁹.

Le norme di ordine pubblico vengono definite, in modo per vero piuttosto generico, come quelle che riguardano «i principi fondamentali (codificati o no) della nostra civiltà giuridica (nella dimensione conferitagli

²³⁷ V., BENEDETTELLI (nt. 4), p. 88.

²³⁸ L'ordine pubblico cui fa riferimento l'art. 16 è senza dubbio l'ordine pubblico internazionale che viene così definito per distinguerlo dall'ordine pubblico interno il quale, a differenza del primo, viene in considerazione soltanto quando il rapporto è soggetto alla legge italiana e costituisce un limite all'autonomia negoziale.

²³⁹ La categoria delle norme di applicazione necessaria è stata codificata per la prima volta nell'ordinamento italiano con la legge di riforma del diritto internazionale privato. Tuttavia, già prima della legge di riforma la giurisprudenza aveva ammesso l'esistenza di norme aventi l'effetto descritto. V., SANTA MARIA (nt. 3), p. 1097. In termini generali sull'ordine pubblico e sulle norme di applicazione necessaria v. MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, terza edizione, Milano, Utet, 2004, pp. 181 ss.; PAGANO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 134 ss.

dall'ordinamento nazionale)»²⁴⁰. L'individuazione di tali principi è rimessa alla prudenza del giudice nazionale il quale, quando verifica che l'applicazione della norma straniera richiamata dal diritto internazionale privato produce effetti inaccettabili per il nostro ordinamento, si astiene dall'applicarla²⁴¹. Scopo dell'eccezione di ordine pubblico è quello di preservare l'armonia interna dell'ordinamento giuridico impedendo l'ingresso di norme straniere non compatibili con i principi, etici, economici, politici o sociali del nostro ordinamento. Va aggiunto che l'ordine pubblico internazionale ha carattere storico ed è perciò mutevole. Come ha affermato la Corte costituzionale «i principi di ordine pubblico si adeguano perennemente all'evoluzione della società e del suo diritto»²⁴².

Il confronto tra la norma straniera e i valori fondamentali del nostro ordinamento andrà effettuato con l'ottica di restringere nella misura minore possibile l'applicazione del diritto straniero.

Anche la categoria delle norme di applicazione necessaria è assai elastica e dipende dalle particolari esigenze di politica legislativa che impongono l'applicazione di determinate norme, oltre che ai rapporti giuridici totalmente interni, anche a quelli che presentano elementi di estraneità in deroga ai meccanismi tradizionali di diritto internazionale privato. Sarà necessario accertare il contenuto e le finalità delle disposizioni nazionali che vengono di volta in volta in considerazione e verificare se le stesse siano dirette alla protezione di interessi pubblici preminenti nell'ordinamento. Solo la norma nazionale che abbia questa funzione

²⁴⁰ Così, Cass. 17 febbraio 1985, n. 1714, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 368. Sull'ordine pubblico «internazionale» v., *ex multis*, LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale: la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2005; MOSCONI-CAMPIGLIO (nt. 62), pp. 181 ss.; BALLARINO (nt. 3), 56 ss.

²⁴¹ Si pensi, per esempio, al caso in cui il diritto straniero neghi la capacità giuridica ad un individuo.

²⁴² V., Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 459, in *Riv. dir. dnt. priv. e proc.*, 1983, pp. 367 ss.

particolare potrà essere applicata a discapito delle disposizioni straniere, che soffriranno una corrispondente compressione nella loro operatività.

Fra le norme di applicazione necessaria che dovrebbero in ogni caso trovare applicazione nei confronti delle società straniere operanti in Italia possono individuarsi: *a)* le disposizioni in materia di antitrust²⁴³; *b)* le norme valutarie²⁴⁴; *c)* le norme di natura fiscale e quelle doganali; *d)* le disposizioni del testo unico in materia bancaria, la normativa sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e le norme in materia di usura; *e)* il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria²⁴⁵; *f)* la disciplina lavoristica.

La differenza tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico internazionale viene generalmente indicata nel fatto che mentre le prime costituiscono un limite preventivo al funzionamento del diritto internazionale privato il secondo costituisce un limite successivo e negativo²⁴⁶ all'operatività della legge straniera in quanto entra in gioco soltanto quando la norma di conflitto ha già condotto all'ingresso della legge straniera all'interno dell'ordinamento italiano²⁴⁷.

La loro effettiva rilevanza, tuttavia, dovrà verificarsi in concreto non essendo possibile individuare in astratto e una volta per tutte le disposizioni interne che prevalgono automaticamente e necessariamente nei confronti del diritto straniero richiamato da una norma di conflitto.

²⁴³ In particolare la legge 10 ottobre 1990, n. 287 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

²⁴⁴ V. la decisione della Corte di cassazione nel caso *Mattarese c. Algemene*, del 13 dicembre 1984, n. 6537 in *Giust. Civ. mass.*, 1984, 12.

²⁴⁵ Sul punto v., tuttavia, BENEDETTELLI, *Corporate governance, mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, pp. 1 ss, per alcune eccezioni.

²⁴⁶ Nel senso che l'eccezione di ordine pubblico comporta un rifiuto dell'applicazione di norme straniere il cui contenuto o i cui effetti appaiano inaccettabili.

²⁴⁷ V., BALLARINO (nt. 5), p. 57; PAGANO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, seconda edizione, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, pp. 134 ss.

Sotto il profilo del loro campo di applicazione questi limiti all'applicazione del diritto straniero hanno carattere generale. Con riguardo alla materia delle società ciò significa che essi varranno come limite all'operatività della *lex societatis* non soltanto nei confronti delle società costituite all'estero e aventi la sede reale in Italia ma più in generale per tutte le società straniere che vengano in considerazione per qualsiasi motivo nell'ordinamento italiano in applicazione dell'art. 25.

La conseguenza è che qualora si voglia attribuire un senso alla disposizione di cui all'art. 25, primo comma, ultima frase, dovrà ritenersi che il richiamo fatto da questa norma all'applicazione della legge italiana non si limiti alle norme di applicazione necessaria e all'ordine pubblico, ma richieda un qualcosa di più.

Per capire cosa sia questo qualcosa di più e dunque quali siano le norme che dovranno trovare applicazione nei confronti delle società pseudo-straniere occorre partire dall'analisi della funzione svolta dalla clausola di applicazione della legge italiana contenuta nell'ultima parte dell'art. 25.

Si è già ricordato che la ragione per cui gli ordinamenti prevedono una disciplina speciale per il contratto di società rispetto a quella di diritto civile generale sta nel fatto che, il contratto di società, nella misura in cui non esaurisce i suoi effetti nei rapporti reciproci tra le parti, crea esigenze di disciplina ulteriori al fine di regolare in modo ottimale le relazioni di *agency* che intercorrono fra i vari *stakeholders* ed impedire comportamenti opportunistici a danno del *principal*. Si è anche argomentato che il diritto internazionale privato si preoccupa spesso di introdurre regole di collegamento (o norme di applicazione necessaria) in materia societaria al fine di evitare che società aventi una connessione intensa con la loro economia e con il loro ordinamento e che entrano, dunque, continuamente in

contatto con i propri cittadini possano scegliere di operare tramite regole diverse da quelle che l'ordinamento della sede ritiene necessarie per una equa regolazione delle relazioni di *agency*. Esso svolge, dunque, una funzione di salvaguardia dell'ordinamento interno.

Alcuni ordinamenti conseguono questo obiettivo mediante l'applicazione in via pura e semplice del criterio della sede reale mentre altri, tra i quali quello italiano, perseguono questo fine tramite l'applicazione di legislazioni più o meno rigide contro le società pseudo-straniere.

Nella mente del legislatore italiano la funzione della clausola contenuta nell'ultima parte del primo comma dell'art. 25 sembra, allora, essere proprio quella di imporre l'applicazione della legge societaria italiana a quelle società che il nostro ordinamento considera pseudo-straniere o in via originaria (nel senso che vengono costituite all'estero al fine di operare in via principale o esclusiva in Italia) o in un determinato momento della loro vita (perché hanno spostato la sede reale in Italia).

Se questa è la funzione della clausola in questione deve allora concludersi che il richiamo all'applicazione della «legge italiana» debba riguardare le sole disposizioni inderogabili previste dalla nostra legge societaria. Le norme derogabili, invece, proprio in quanto meramente dispositive non troveranno automatica applicazione se non richiamate espressamente dalle parti in sede di adeguamento dell'atto costitutivo e le questioni da tali norme regolate resteranno soggette all'applicazione della *lex incorporationis*.

Quid iuris se su una data materia tace la *lex incorporationis* ma c'è una norma dispositiva italiana? In questa ipotesi sembrerebbe preferibile risolvere il problema in base alla *lex incorporationis* (mediante il ricorso all'analogia o agli altri strumenti interpretativi consentiti dall'ordinamento

di costituzione). Non pare, infatti, ragionevole la soluzione opposta di imporre l'applicazione di una disciplina che le parti avrebbero difficilmente potuto prevedere aspettandosi legittimamente l'applicazione delle sole norme imperative italiane e non di quelle dispositive.

L'art. 25, secondo comma, ultima parte, non può invece essere inteso come facente riferimento alle sole norme di applicazione necessaria e all'ordine pubblico poiché in questo caso sarebbe meramente ripetitivo di effetti già presenti nel nostro ordinamento.

Per ciò che riguarda il *quantum* delle norme societarie imperative da estendere alle società pseudo-straniere la dottrina che si è occupata di questo tema sembra per lo più concorde nel ritenere applicabili soltanto parte di tali norme, anche se poi al momento della concreta individuazione delle stesse non arriva a soluzioni appaganti e soprattutto caratterizzate da chiarezza e certezza²⁴⁸.

Ad avviso di chi scrive, invece, il riferimento alle norme imperative sembra dover includere tutte le disposizioni inderogabili che la legge italiana prescrive per la regolazione di tutte le questioni regolate dalla *lex societatis* ai sensi del secondo comma dell'art. 25²⁴⁹. Non sembra, invece, possibile procedere, a differenza di quanto sostenuto da certa dottrina, ad una selezione delle norme imperative che devono trovare applicazione.

Ciò in primo luogo perché l'art. 25 fa riferimento in maniera pura e semplice all'applicazione della «legge italiana» senza specificare quali norme

²⁴⁸ Infatti, vengono proposti i criteri più vari per la selezione delle stesse. V., *ex multis*, BENEDETTELLI (nt. 4), pp. 87 ss., secondo il quale le norme italiane da prendere in considerazione sarebbero «solo quelle che attengono alla disciplina dell'ente per questioni connesse alla sua amministrazione o al suo oggetto ... dall'altro, tali norme intendono applicarsi solo agli atti degli organi amministrativi o alle attività concernenti l'oggetto principale localizzati in Italia»; SANTA MARIA (nt. 3), pp. 1040 ss.; PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, pp. 50 ss.

²⁴⁹ Sul punto v., *supra*, § 4.

debbano trovare applicazione e in secondo luogo perché il legislatore italiano quando ha voluto procedere ad una selezione delle norme da applicare ad entità straniere che presentano elementi di contatto con il nostro ordinamento lo ha fatto espressamente, come avviene per la disciplina delle sedi secondarie di società estere. Inoltre una selezione del genere sarebbe inevitabilmente arbitraria non rinvenendosi nel nostro ordinamento alcuna norma o principio che consenta di valutare il grado di imperatività di una norma di legge.

Certa dottrina ha ritenuto di poter sostenere la tesi contraria fondandola sull'osservazione, come detto in precedenza, che l'art. 25, primo comma, se raffrontato con l'abrogato art. 2505 cod. civ., evidenzia l'assenza della parola «tutte» con riferimento alle disposizioni della legge italiana da applicare²⁵⁰.

La tesi non sembra fondata. A ben vedere, infatti, pare che l'eliminazione dell'espressione in questione non corrisponda ad alcuna modificazione sostanziale del principio che sta alla base dell'applicazione della disciplina sulle società pseudo-straniere ma sia esclusivamente dettata da ragioni di carattere sistematico.

In primo luogo, anche sotto il vigore della precedente disciplina la parola «tutte» non poteva che fare riferimento alle sole norme inderogabili. Non sembra, infatti, concepibile che una norma di collegamento renda obbligatoria l'applicazione di norme dispositive. A meno che non si voglia concepire l'abrogato art. 2505 cod. civ. come una norma di diritto internazionale privato materiale che imponga alle società straniere aventi la sede reale in Italia l'adozione obbligatoria di norme che per le società italiane sono, invece, meramente dispositive. Ma una soluzione del genere

²⁵⁰ V. BENEDETTELLI (nt. 57) p. 88.

sembrerebbe assolutamente illogica ed ingiustificabile. L'eliminazione dell'espressione in questione sembra, invece, derivare soltanto da ragioni di carattere sistematico. Infatti, il vecchio art. 2505 si limitava a prevedere l'applicazione della legge societaria italiana alle società pseudo-straniere ma non conteneva alcuna disposizione che definisse in modo preciso l'ambito di applicazione soggettivo di tale *lex societatis*. A scapito di ogni dubbio si preoccupava quindi di richiamare l'applicazione dell'intera disciplina imperativa di diritto societario. Il nuovo art. 25, invece, avendo al secondo comma definito con maggiore precisione le questioni devolute alla *lex societatis*, si è limitato a fare riferimento a quest'ultima disposizione per la determinazione delle materie soggette all'applicazione della *lex societatis*.

Per lo stesso motivo non può essere accolta neppure l'altra osservazione fatta per sostenere la tesi della necessità di selezionare le norme imperative applicabili alle società pseudo-straniere, ossia quella secondo cui l'art. 25 innoverebbe rispetto all'abrogato art. 2505 cod. civ. nella misura in cui ha eliminato il richiamo all'applicazione della legge italiana «anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo»²⁵¹. Nella disciplina previgente questa formula veniva intesa nel senso di fare riferimento al fatto che in sede di omologazione dello statuto di una società pseudo-straniera che avesse trasferito in Italia la propria sede reale avrebbe dovuto verificarsi la conformità dello stesso ai requisiti di forma e di sostanza dell'atto costitutivo previsti dalla legge italiana (atto pubblico, liceità dell'oggetto sociale in base alle valutazioni della legge italiana, capitale sociale, principi relativi all'obbligo e alla natura dei conferimenti, divieto di patto leonino, condizioni per la costituzione, formalità di omologazione dell'atto

²⁵¹ V., BENEDETTELLI (nt. 57), p. 88.

costitutivo, iscrizione nel registro delle imprese etc.)²⁵². In caso di difformità si sarebbe poi dovuto procedere a seconda dei casi all'adeguamento dello statuto o alla redazione di un nuovo atto costitutivo.

Ciò premesso sembra innanzitutto che nella disciplina precedente tale richiamo avesse un valore meramente esemplificativo. Inoltre, se è vero, come si è cercato di dimostrare in precedenza, che l'elencazione delle questioni disciplinate dalla *lex societatis* compiuta dal secondo comma dell'art. 25 si estende anche alla individuazione delle norme applicabili alle società pseudo-straniere assoggettate alla legge italiana, sembra allora che il mancato riferimento ai «requisiti di validità dell'atto costitutivo» derivi dal fatto che questo requisito trova già applicazione in virtù della lett. c) della norma.

Sotto altro profilo, l'interpretazione proposta aiuta anche a risolvere un ulteriore problema. Ossia quello se l'applicazione delle norme imperative di diritto italiano riguardi soltanto la disciplina del «contratto» o anche la disciplina della «società». Per esempio, ammesso che la società straniera abbia adeguato lo statuto alla legge italiana ma non abbia previsto nulla riguardo al diritto dei soci di minoranza a richiedere la convocazione dell'assemblea, potranno tali soci invocare la tutela di cui all'art. 2367 cod. civ.? oppure potranno i soci esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori prevista dall'art. 2393-bis o invocare l'intervento del giudice italiano nella società *ex art.* 2409 cod. civ.? Nella genericità del dettato legislativo che fa riferimento in maniera pura e semplice all'applicazione della «legge italiana» sembra doversi dare risposta positiva anche a questo quesito. Tali norme, infatti, sebbene non facciano

²⁵² V., GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 498 ss, ove ampia bibliografia.

parte del contenuto necessario dell'atto costitutivo stabilito dall'art. 2328 cod. civ. sono pur sempre disposizioni imperative cui alle parti non è concesso di derogare.

Alla luce di questa ricostruzione pare, allora, che l'art. 25, primo comma, contenga in realtà due norme. Da un lato quella contenuta nel primo periodo che rappresenta una norma di collegamento di carattere bilaterale che stabilisce in maniera pura e semplice il principio della *lex incorporationis*. Dall'altro la clausola contenuta nel secondo periodo che prevede in via di eccezione rispetto al principio della *lex incorporationis* un ulteriore criterio di collegamento di carattere unilaterale per le società pseudo-straniere.

In tal modo l'art. 25 da un lato conferisce una sorta di «passaporto globale» alle società costituite in Italia consentendo alle stesse di operare ovunque mantenendo il medesimo statuto (ciò ovviamente nella misura in cui l'ordinamento straniero interessato accetti tale statuto) mentre dall'altro limita l'ingresso del diritto straniero nel nostro ordinamento in caso di esterovestizione di una società avente la sede reale nel suo territorio. L'esportazione del diritto italiano da parte delle società costituite secondo la legge italiana che si stabiliscono all'estero svolge anche la importante funzione di ridurre i costi di transazione che deriverebbero dalla necessità di acquisire conoscenza degli ordinamenti stranieri nei quali la società si trova ad operare.

Questa ricostruzione rende inutile approfondire per il momento la questione delle norme di applicazione necessaria dato che queste ultime rientrano certamente nella categoria delle norme inderogabili le quali come si è detto devono trovare integrale applicazione. La questione delle norme di applicazione necessarie assume, invece, fondamentale importanza quando

vengono in considerazione le società comunitarie e quelle costituite in ordinamenti che abbiano stipulato con l'Italia accordi commerciali per il reciproco riconoscimento delle società. Per l'esame di tali questioni conviene, dunque, rinviare al prossimo capitolo.

Trova, invece, applicazione alle società pseudo-straniere il limite dell'ordine pubblico cui si è accennato in precedenza. Tuttavia, anche tale questione sembra dover essere affrontata assieme a quella delle norme di applicazione necessaria.

Va ancora precisato che l'ambito di applicazione spaziale della disciplina imperativa italiana è limitato all'attività che la società svolge sul territorio italiano. Questa affermazione sembra assolutamente coerente sia con il carattere eccezionale della clausola di applicazione della legge italiana sia con quanto si è detto a proposito della funzione della legislazione contro le società pseudo-straniere di tutelare la posizione dei propri cittadini che entrano in contatto con tali società.

Per l'attività eventualmente svolta all'estero dalla società troverà dunque applicazione il principio generale che prevede come legge regolatrice della società la *lex incorporationis*.

In dottrina si afferma in genere che lo stabilimento della sede reale in Italia non comporta né un obbligo di ricostituzione né tantomeno determina un mutamento della nazionalità della società che resta pertanto straniera²⁵³. Vi sarebbe, dunque, continuità soggettiva dell'ente. Che si rimanga di regola in presenza di una società straniera sarebbe confermato anche dalle disposizioni riguardanti l'iscrizione nel registro delle imprese. Il riferimento

²⁵³ V. BENEDETTELLI (nt. 4), p. 88. *Contra* v., però, LEANZA, *Società straniera* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 697, secondo cui «non si può pensare che tali società in quanto originariamente costituite all'estero, continuino ad essere società straniere per l'ordinamento italiano» dovendo esse essere «totalmente ed integralmente disciplinate dal diritto materiale italiano».

è in particolare, all'art. 7, secondo comma, del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, recante *Regolamento di attuazione del registro delle imprese ai sensi dell'art. 8, legge 29 dicembre 1993, n. 580*, che fa obbligo di iscrizione in detto registro tra le altre, «alle società che sono soggette alla legge italiana ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218», confermando così che l'ordinamento italiano continua a considerare straniere tali società, ricollegando semplicemente l'operatività della legge italiana al verificarsi di una delle cause di connessione con il territorio italiano previste dalla legge.

Questa affermazione sembra condivisibile soltanto in parte.

In primo luogo, infatti, l'adeguamento al diritto italiano può in alcuni casi portare ad un vero e proprio obbligo di ricostituzione. Infatti, qualora il tipo sociale estero non sia compatibile con nessuno di quelli previsti dal diritto italiano occorrerà procedere ad una vera e propria trasformazione della società con conseguente stipulazione di un nuovo atto costitutivo secondo le regole del diritto italiano.

In secondo luogo, come si è già anticipato, il principio della nazionalizzazione della società opera soltanto in via d'eccezione. Ciò significa che la legge italiana non si sostituirà del tutto a quella straniera ma andrà soltanto ad integrare la stessa anche se come visto in maniera assai pregnante.

La conseguenza è che affinché possa aversi continuità dell'ente occorre verificare se l'ordinamento di costituzione della società consenta o meno il trasferimento della sede reale all'estero.

Nel caso in cui l'ordinamento di costituzione adotti la teoria della incorporazione (anche se accompagnata da una rigida legislazione - analoga per esempio a quella italiana - contro le società pseudo-straniere) non si pongono particolari problemi di continuità dell'esistenza dell'ente.

Qualora, invece, l'ordinamento di costituzione adotti la teoria della sede reale e non consenta dunque il trasferimento della sede reale della società all'estero, il rinvio che l'art. 25, primo comma, fa alla legge del luogo in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione della società, impedirà la continuità soggettiva dell'entità straniera che dovrà quindi ricostituirsi in Italia.

In sostanza il trasferimento della sede reale in Italia o la costituzione di una società pseudo-straniera destinata a svolgere la sua attività in Italia risultano possibili soltanto qualora anche l'ordinamento di costituzione applichi il principio della *lex incorporationis* e nella misura in cui l'entità costituita all'estero sia compatibile con almeno uno dei tipi previsti dalla legge italiana.

6.4. Modalità di adempimento dell'obbligo di adeguamento al diritto italiano: il verbale di deposito negli atti di un notaio italiano.

Si è già osservato come il D.P.R. 581/1995 faccia obbligo di iscrizione in detto registro tra le altre, «alle società che sono soggette alla legge italiana ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218».

Dal punto di vista procedurale per l'adeguamento al diritto italiano e ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese è necessaria in primo luogo una deliberazione dell'organo sociale competente da assumersi con le modalità e nelle forme previste dalla legge di costituzione. In tale delibera dovrà darsi conto del verificarsi del presupposto per l'assoggettamento alla legge italiana. La delibera in questione dovrà essere documentata in una forma «autentica» che ne permetta l'accesso ai nostri pubblici registri in termini di «equivalenza» con gli atti nazionali.

Successivamente, la società dovrà richiedere al notaio italiano la redazione di un atto di deposito nel registro delle imprese della suddetta delibera, dell'atto costitutivo e dello statuto. La legge nulla dice a proposito dei soggetti obbligati a tale adempimento né a proposito dell'ufficio del registro delle imprese competente. Per quanto riguarda il primo punto è da ritenersi che la competenza spetti al legale rappresentante della società secondo la legge di costituzione il quale dovrà mostrare al notaio i documenti probanti i suoi poteri. Inoltre, essendo, come si dirà a breve, gli amministratori responsabili personalmente e solidalmente per il caso di mancato adempimento agli obblighi di adeguamento alla legge italiana è da ritenersi che essi saranno in ogni caso legittimati a richiedere tale adeguamento. Con riferimento, invece, al registro delle imprese competente, nel silenzio del legislatore sembra che l'obbligo debba essere adempiuto presso ufficio del registro delle imprese territorialmente competente in base al luogo in cui è situata la sede dell'amministrazione ovvero al luogo in cui prevalentemente viene esercitata l'attività d'impresa.

Ai fini della redazione del verbale di deposito sarà necessario produrre al notaio, oltre alla delibera di cui si è detto, anche l'atto costitutivo e lo statuto della società straniera e i documenti probanti l'esistenza della società e delle persone degli amministratori (attraverso certificati rilasciati dalle competenti autorità del luogo).

Gli atti rogati all'estero possono essere ricevuti in deposito dal notaio italiano nella misura in cui siano debitamente regolarizzati con la legalizzazione²⁵⁴ (salvo i casi dei paesi con i quali esista una convenzione di

²⁵⁴ La legalizzazione consiste nell'attestazione ufficiale tanto della legale qualità del funzionario che ha firmato l'atto quanto dell'autenticità della firma stessa e rappresenta un requisito indispensabile e insostituibile perché l'atto estero possa produrre in Italia gli stessi effetti che esso produce all'estero. V., Cass., 6 maggio 1980, n. 2987, in *Giust. civ.*, 1980, p. 1826. In dottrina v., *multis*, CRIVELLARO,

dispensa) o mediante l'apposizione di apostille (se proveniente da un paese aderente alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961)²⁵⁵.

Tutti i suddetti documenti, ove siano redatti in lingua straniera, dovranno essere accompagnati dalla traduzione in lingua italiana. Fatta e firmata dal notaio se questi conosce la lingua nella quale è stato rogato l'atto o, in caso diverso, da un perito traduttore scelto dalle parti²⁵⁶. In quest'ultimo caso la conformità della traduzione al documento straniero dovrà altresì essere asseverata dinnanzi al notaio stesso o avanti al cancelliere del Tribunale.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 33 della legge 24 novembre 2000 n. 340, l'atto costitutivo e lo statuto erano assoggettati ad omologazione da parte del Tribunale. Abolita quest'ultima spetta direttamente al notaio incaricato del deposito compiere il controllo di legittimità su questi atti. Una volta effettuato tale controllo il notaio dovrà redigere il verbale di deposito che sarà poi iscritto a cura del notaio stesso nel registro delle imprese unitamente all'atto costitutivo e agli altri documenti identificativi della società²⁵⁷. Il termine per il deposito sembra dover essere di venti giorni che decorrono dalla redazione del verbale stesso, in applicazione analogica dell'art. 2330 cod. civ.

Non riconoscimento ed efficacia di atti stranieri non legalizzati, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1976, pp. 355 ss.

²⁵⁵ L'apostille è stata introdotta dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 al fine «di sopprimere la necessità della legalizzazione diplomatica o consolare degli atti pubblici redatti in Paese estero». L'apostille, a differenza della legalizzazione, che richiede l'intervento in sede certificativa di un pubblico ufficiale del nostro Paese (il console), prevede la certificazione di un funzionario dello stesso Paese ove l'atto pubblico è stato formato. Il nostro Stato in questo caso si limita a riconoscere le funzioni certificative (valenti con efficacia pari a quella dello Stato di origine del documento) ad un funzionario di Stato estero. In altre parole, l'apostille rappresenta una semplificazione rispetto legalizzazione ma possiede i medesimi effetti di questa, ossia l'attribuzione ad un atto proveniente dall'estero della possibilità di produrre effetti giuridici in un ordinamento straniero. In dottrina v., *multis*, PERINI, *Legalizzazione degli atti stranieri e apostille*, in *Vita not.*, 2004, pp. 1849 ss.

²⁵⁶ V., RAMONDELLI (nt. 22), p. 250.

²⁵⁷ Tali documenti dovranno altresì essere depositati nell'archivio notarile ai sensi dell'art. 106, n. 4 della legge notarile.

L'atto di deposito presso un notaio italiano degli atti esteri eventualmente non muniti della forma richiesta dal nostro ordinamento (atto pubblico) avrà una funzione sanante.

In sede di controllo di legittimità il notaio dovrà verificare l'esistenza della società nell'ordinamento straniero competente²⁵⁸, che il trasferimento eventuale della sede reale sia consentito e sia avvenuto in conformità alle regole di tale ordinamento²⁵⁹ e che lo statuto della società straniera sia compatibile con le norme inderogabili italiane. Non è, invece, necessaria in linea di principio la stipulazione un nuovo atto costitutivo²⁶⁰.

Poiché alle società straniere si applicano soltanto le norme italiane di carattere imperativo, l'eventuale divergenza tra le norme contenute nello statuto straniero e il modello italiano di disciplina del tipo societario corrispondente dovrà essere innanzitutto valutata alla luce della libertà statutaria che la legge italiana riconosce alle parti per verificare se tale difformità sia effettivamente in contrasto con una norma imperativa o possa essere, invece, essere giustificata alla luce della libertà statutaria. Soltanto nella prima ipotesi il notaio dovrà richiedere alle parti di apportare modificazioni allo statuto.

Il notaio dovrà verificare il rispetto dei requisiti di validità dell'atto costitutivo, ossia se l'atto costitutivo stipulato all'estero contenga tutti gli elementi fondamentali che la legge italiana richiede per il tipo societario

²⁵⁸ A tal fine sarà necessario presentare un certificato di esistenza della società rilasciato dal registro delle società o da altro organo competente del paese di costituzione con allegata la traduzione giurata dello stesso davanti alle Autorità italiane.

²⁵⁹ Il difetto dei requisiti prescritti dalla legge estera del luogo di costituzione comporta l'impossibilità di riconoscere personalità giuridica alla società. Infatti, poiché la legge regolatrice della società è quella del luogo di costituzione, il riconoscimento della personalità giuridica in Italia resta condizionato al fatto che la società abbia ottenuto la personalità giuridica nel paese di costituzione.

²⁶⁰ Salvo il caso in cui la non riconducibilità dell'ente ad alcuno dei tipi previsti dal nostro ordinamento renda impossibile l'adeguamento.

corrispondente²⁶¹ e la sussistenza delle autorizzazioni governative e delle altre «condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società in relazione al suo particolare oggetto» (art. 2329, n. 3, cod. civ.). Tuttavia, è da ritenere che non sia necessario che tali elementi esistano già in sede di costituzione della società estera essendo ben possibile che gli stessi vengano indicati nel momento in cui la società «entra» nell'ordinamento italiano.

La posizione del notaio in sede di controllo di legittimità appare, dunque, estremamente delicata stante il divieto posto in capo al notaio dall'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile) di ricevere atti «espressamente proibiti dalla legge oppure manifestatamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico»²⁶². Deve darsi conto, inoltre, del nuovo art. 138-*bis* della legge notarile inserito dalla legge 340/2000 che sanziona in modo specifico il notaio che non espliciti correttamente la propria funzione nei procedimenti di costituzione e di modifica degli statuti di società di capitali. Infatti, il notaio che richieda l'iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni delle società di capitali da lui verbalizzate, quando risultino manifestatamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, è sanzionato con la sospensione da sei mesi a un anno e con una sanzione amministrativa da euro 516,00 ad euro 15.494,00. La conseguenza è che

²⁶¹ V., per esempio, l'art. 2328 per le società per azioni e l'art. 2463 per le società a responsabilità limitata. Per quanto riguarda la discussa questione dell'obbligo di versamento del 25 per cento dei conferimenti in denaro sembra sufficiente che tale requisito sia stato soddisfatto in misura equivalente nell'ordinamento di costituzione. In mancanza il notaio dovrà chiedere alle parti i versamenti. In giurisprudenza, v. App. Roma, 23 dicembre 1974, in *Riv. not.*, 1975, pp. 969 ss., che in applicazione dell'abrogato art. 2505 c.c. ha escluso la trascrizione e pubblicazione nel registro delle imprese di un atto costitutivo redatto all'estero da una società per azioni con sede a Roma, a causa del mancato versamento dei decimi. In senso analogo v., anche, Trib. Pordenone 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, pp. 187 ss.

²⁶² L'espressione «espressamente proibiti» viene interpretata dalla giurisprudenza in modo piuttosto indulgente nel senso di includere soltanto vizi che diano luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, invece, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa. V., *ex multis*, Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, in *Giust. civ.*, 2005, p. 11. L'orientamento più rigoroso era, invece, prevalente in passato. V., RAMONDELLI (nt. 22), p. 251.

presumibilmente i notai saranno piuttosto cauti nell'effettuare il controllo al fine di cautelarsi da eventuali responsabilità.

Si noti, comunque, che a norma dell'art. 28 della legge notarile il notaio ha l'obbligo di prestare il suo ministero ogni volta che ne sia richiesto, salvo ovviamente il caso in cui non ritenga l'atto illegittimo ed esprima rifiuto motivato.

Deve rilevarsi, infine, che qualora il trasferimento della sede effettiva sia soltanto temporaneo, nel senso che la società costituita all'estero ha localizzato la propria sede reale in Italia soltanto per un determinato periodo di tempo per poi ritrasferirla nell'ordinamento di costituzione o in un altro Stato, potrebbe essere opportuno procedere ad un atto ricognitivo dando atto della cessazione del collegamento della società con l'ordinamento italiano.

6.5. Conseguenze della mancata iscrizione nel registro delle imprese.

Si è già anticipato e si ribadisce qui che l'adempimento degli obblighi di adeguamento al diritto italiano non è condizione necessaria affinché una società estera che abbia nel nostro Paese la propria sede reale possa svolgere la sua attività in Italia quale persona giuridica. La società è, infatti, già riconosciuta in base all'art. 25, primo comma, primo periodo. Quello che importa all'ordinamento italiano in caso di localizzazione in Italia della sede reale è semplicemente l'assoggettamento della società alla propria legge.

La conseguenza del mancato adempimento agli obblighi di adeguamento al diritto italiano sarà allora, in applicazione analogica dell'art. 2509-*bis* in materia di pubblicità delle sedi secondarie di società straniere, «semplicemente» la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni

sociali di coloro che hanno agito in nome della società, oltre ovviamente al diritto dei vari *stakeholders* che di volta in volta vengono in considerazione di invocare le disposizioni imperative italiane che eventualmente assicurino loro una tutela maggiore. Resta, invece, ferma in ogni caso la responsabilità della società straniera²⁶³. La responsabilità di coloro che hanno agito va, quindi, soltanto ad aggiungersi a quella della persona giuridica straniera.

Costituisce, infatti, principio generale del nostro ordinamento quello per cui nessuno può trarre vantaggio dalla violazione di una norma giuridica. Qualora, invece, si qualificasse la società come inesistente dovrebbe probabilmente concludersi per la sola responsabilità di coloro che hanno agito in nome della stessa con la conseguenza che la società avrebbe gioco facile a coprirsi dietro lo schermo di nullatenenti²⁶⁴.

Tale responsabilità sussisterà soltanto per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui la società risulta aver avuto la propria sede reale in Italia, mentre non si estende al periodo precedente né a quello successivo a tale localizzazione.

E' evidente, infine, che la questione dell'applicazione della legge italiana o la responsabilità illimitata di coloro che hanno agito verranno in considerazione soltanto in sede contenziosa qualora colui che vi abbia interesse faccia valere la particolare tutela offerta dall'art. 25, primo comma, secondo periodo.

²⁶³ V., anche, BALLARINO (nt. 4), p. 363; SIMONETTO (nt. 115), p. 366 ss.

²⁶⁴ In senso analogo, SIMONETTO (nt. 115), p. 367.

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO E I SUOI EFFETTI SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto comunitario e la libertà di stabilimento delle società costituite all'estero. – 3. Stabilimento a titolo principale e stabilimento a titolo secondario. – 4. Armonizzazione. – 5. Ambito di applicazione soggettivo della libertà di stabilimento. – 6. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento delle società. – 6.1. *Commissione c. Francia*. – 6.2. *Sergers*. – 6.3. *Daily Mail and General Trust Plc*. – 6.4. Il caso *Centros*. – 6.5. Il caso *Holto*. – 6.6. *Überseering BV*. – 6.6. *Inspire Art*. – 6.7. *SEVIC*. – 7. Applicabilità analogica della giurisprudenza *SEVIC* alle scissioni transfrontaliere. – 8. La libertà di stabilimento delle società dopo *Centros*. – 9. Campo di applicazione della libertà di stabilimento. Le differenze tra la «dottrina *Centros*» e la giurisprudenza *Daily Mail*. – 9.1. Immigrazione. – 9.2. Emigrazione. Necessità di distinguere fra trasferimento della sede amministrativa e trasferimento della sede registrata. – 9.3. Emigrazione mediante trasferimento della sede amministrativa. Ingiustificatezza del diverso trattamento rispetto alle fattispecie di immigrazione. – 9.4. Emigrazione mediante trasferimento della sede registrata. Abbandono della proposta per una quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede. – 10. Effetti della «dottrina *Centros*» sul diritto internazionale privato degli Stati membri. – 11. Possibilità di aggirare il divieto di trasferimento della sede registrata. – 11.1 Costituzione di una Società europea (SE). – 12. Genesi della direttiva sulle fusioni transfrontaliere. – 12.1. La disciplina sulle fusioni transfrontaliere. Ambito di applicazione soggettivo. – 12.2. La sentenza *SEVIC* e l'estensione del campo di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere a tutte le società che hanno accesso al mercato interno. Il sistema del doppio binario. – 12.3. Ambito di applicazione oggettivo. – 12.4. Ulteriori condizioni relative all'ambito di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere. – 12.5. La legge applicabile alle fusioni transfrontaliere. – 12.6. Il procedimento uniforme di fusione. – 12.7. Il compromesso sui diritti di partecipazione dei lavoratori nelle fusioni transfrontaliere. – 12.8. Inutilità della

direttiva dopo la sentenza SEVIC?. – 13. Estensione dei principi della libertà di stabilimento alle società non appartenenti all'Unione Europea. – 13.1. Estensione della libertà di stabilimento alle società appartenenti a Paesi membri dello Spazio Economico Europeo. – 14. Effetti della «dottrina Centros» sul diritto internazionale privato italiano. L'inapplicabilità alle società comunitarie dell'art. 25, primo comma, ultimo periodo, della legge sul diritto internazionale privato. – 15. La riforma del diritto societario e l'interpretazione «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee». – 16. Artt. 2507-2509-bis. – 17. Estensione dei principi della «dottrina Centros» alle società appartenenti Stati extracomunitari che abbiano stipulato con l'Italia accordi per il reciproco riconoscimento degli enti collettivi.

1. Premessa.

La progressiva eliminazione delle barriere al commercio internazionale di beni e di servizi avvenuta dopo la fine seconda guerra mondiale con il tramonto dell'economia colonialista ha favorito l'internazionalizzazione delle attività delle imprese sull'esempio del modello americano di liberalizzazione del commercio²⁶⁵. Le imprese sono diventate oggi i principali attori dell'economia mondiale sostituendo in questo ruolo gli Stati.

Questo fenomeno ha oggi raggiunto la sua massima espansione con la dilatazione dei mercati oltre ogni confine politico che ha portato all'avvento dei c.d. mercati globali²⁶⁶. La conseguenza è che con frequenza sempre maggiore società costituite in un ordinamento vendono beni o prestano servizi all'interno di un altro ordinamento sia in via occasionale sia attraverso la creazione di uno stabilimento permanente.

²⁶⁵ Sul punto v., KIIKERI, *The Freedom of Establishment in the European Union, Report to the Finnish Ministry of Trade and Industry*, 2002, reperibile su <http://www.helsinki.fi/publaw/opiskelu/Eurooppaoikeus/Sijoittautumistutkimus.englanti.Kiikeri.pdf>.

²⁶⁶ V., GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, 2005, Bologna, Il Mulino, p. 7.

Mentre per il primo tipo di stabilimento non sono in genere previste regole particolari se non quelle relative alle condizioni per l'esercizio dell'impresa (per esempio, norme sulla esportazione e importazione dei beni e dei servizi), nel caso di stabilimento permanente gli ordinamenti prevedono in genere regole più rigide dirette ad obbligare le società operanti nel proprio ordinamento ad uniformarsi in tutto o in parte al proprio diritto. Questo obbligo di adeguamento varia a sua volta in relazione alla intensità del collegamento con l'ordinamento di stabilimento.

Al riguardo, come si è ricordato nel capitolo precedente, è necessario distinguere fra tre ipotesi principali: a) la costituzione di una società di diritto locale nel Paese di stabilimento; b) la semplice localizzazione nel Paese di stabilimento di una sede secondaria (per esempio, una succursale) che comporta normalmente l'applicazione alla sede secondaria stessa di alcune norme di diritto interno mentre non fa venir meno l'identità originaria della società e la sua legittimazione processuale nel paese di stabilimento; c) la localizzazione nel paese di stabilimento della «sede reale» della società che viene costituita in un ordinamento straniero soltanto al fine di operare in via principale o esclusiva nell'ordinamento di stabilimento (società pseudo-straniere)²⁶⁷.

Molti ordinamenti rifiutano, come abbiamo visto, questo tipo di società o attraverso un procedimento di *disqualification* che ne nega la personalità giuridica e l'accesso alla giustizia (come per esempio in Germania o in Spagna) o mediante l'obbligo di adeguamento al proprio diritto (come

²⁶⁷ V., ESTEBAN DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, p. 369, il quale distingue dalle società pseudo-straniere (che definisce come quelle che abbiano situato la sede dell'amministrazione o il centro di attività principale nell'ordinamento di stabilimento) quelle c.d. fittizie ossia le società «*constituidas segùn la legislaciòn de un país con la finalidad de dirigir sus actividades hacia otro u otros*».

avviene in Italia in base alla disciplina dell'art. 25, primo comma, ultimo periodo).

E' evidente come l'atteggiamento più duro contro le società pseudo-straniere sia quello adottato dagli ordinamenti che applicano la teoria della sede reale. Tuttavia, come detto in precedenza, anche gli ordinamenti che applicano come regola generale la *lex incorporationis* (come per esempio l'Italia, l'Inghilterra o l'Olanda) prevedono, poi, statuti più o meno restrittivi al fine di limitare l'accesso delle società pseudo-straniere.

La finalità di queste norme contro le società pseudo-straniere è quella di impedire che la costituzione di una società all'estero possa essere utilizzata come strumento per eludere l'applicazione del diritto societario del Paese di stabilimento e di proteggere interessi ritenuti meritevoli di tutela. Di conseguenza, mentre gli ordinamenti che adottano una politica più liberale nella regolazione del fenomeno societario per ciò che riguarda la protezione degli interessi dei vari *stakeholders* (in particolare, lavoratori, creditori e soci) sono in genere più inclini a consentire l'attività delle società straniere sul proprio territorio, quelli che seguono una linea più interventista in questo ambito prevedono regole più rigide contro l'operatività delle società pseudo-straniere.

L'introduzione di limiti all'ingresso delle società straniere e pseudo-straniere rientra indubbiamente nella sovranità degli Stati che hanno, infatti, piena libertà di scelta nella determinazione dei criteri di collegamento in materia di società.

Tuttavia, la libertà degli Stati di introdurre limiti all'ingresso delle società straniere può trovare un limite nell'esistenza di un processo di integrazione economica regionale, quale quello che riguarda l'Unione Europea. Il Trattato istitutivo della Comunità Europea firmato a Roma il 25 marzo del 1957 (qui

di seguito: TCE) impone espressamente agli Stati membri di consentire lo stabilimento delle società comunitarie e di riservare ad esse un trattamento non discriminatorio rispetto alle società nazionali²⁶⁸. La libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato rischia, tuttavia, di entrare in contrasto tanto con i diritti societari nazionali (ed in particolare con le norme imperative) dei Paesi membri quanto con le norme internazionalprivatistiche che gli stessi dettano come strumento protezionistico per assicurare l'applicazione delle prime²⁶⁹.

Con riferimento all'Unione Europea la questione della compatibilità delle norme di collegamento in materia societaria con le libertà economiche garantite dal Trattato, ed in particolare delle restrizioni che gli Stati membri possono legittimamente imporre all'ingresso delle società comunitarie nel loro territorio, è stata oggetto di alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che hanno portato a riconsiderare il rapporto tra diritto comunitario, diritto internazionale privato e diritto societario domestico e hanno messo in crisi la validità del tradizionale approccio internazionalprivatistico adottato da numerosi Paesi membri. Il riferimento è alle decisioni della Corte nei casi *Centros* (1999)²⁷⁰, *Überseering* (2002)²⁷¹, *Inspire Art* (2003)²⁷² e *SEVIC* (2005)²⁷³. Queste decisioni hanno dato vita ad un ampio e serrato dibattito (che ha superato i confini stessi

²⁶⁸ In questo senso v., anche, ESTEBAN DE LA ROSA (nt. 3), p. 370.

²⁶⁹ V., SCHÖN, *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, in *European Company and Financial Review*, 2006, p. 124.

²⁷⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 marzo 1999, n. 212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Foro it.*, 2000, pp. 317 ss.

²⁷¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 5 novembre 2002, n. 208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Notariato*, 2003, pp. 347 ss.

²⁷² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 30 settembre 2003, n. 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art. Ltd.*, in *Foro it.*, 2004, pp. 24 ss.

²⁷³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 dicembre 2005, n. 411/03, *SEVIC Systems Aktiengesellschaft c. Amtsgericht Neuwied*, in *Giur. comm.*, 2006, pp. 412 ss.

dell'Unione) sia nella dottrina (nazionale e internazionale) che nella giurisprudenza nazionale (soprattutto in quella tedesca e austriaca).²⁷⁴.

²⁷⁴ Nella letteratura in lingua inglese v., senza alcuna pretesa di completezza, ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, working paper, 2005, reperibile su [ssrn.com](#); BALLARINO, *From Centros to Überseering. EC Right of Establishment and the Conflict of Laws*, in *Yearbook Private International Law*, 2002, pp. 203 ss.; BAUDISCH, *E Pluribus Unum?*, working paper, 2002, reperibile su [ssrn.com](#); BEBCHUCK-COHEN, *Firms' Decisions where to Incorporate*, working paper, 2002, reperibile su [ssrn.com](#); BECHT-MAYER-WAGNER, *Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence*, working paper, 2005, reperibile su [ssrn.com](#); BENEDETTELLI, *Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law Matters Within the EU «Market for Corporate Models»: Brussels I and Rome I after Centros*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 55 ss.; BEHRENS, *The Establishment of Companies after the Centros Case. Implications for Central European Countries*, in *Europe Tomorrow*, 2002, pp. 387 ss.; DAMMANN, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a model for the European Community*, working paper, 2005, reperibile su [ssrn.com](#); DE KLUIVER, *Inspiring a New European Company Law? Observations on the ECJ's Decision in Inspire Art from a Dutch Perspective and the Imminent Competition for Corporate Charters between EC Member States*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, pp. 126 ss.; DECHER, *Cross Border Mergers: Traditional Structures and SE-Merger Structures*, in *European Company and Financial Law Review*, 2007, pp. 5 ss.; DELLA CHÀ, *Companies, Right of Establishment and the CENTROS Judgment of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. int.*, 2000, pp. 925 ss.; DORALT, *Cross-Border Mergers – A Glimpse into the Future*, in *European Company and Financial Law Review*, 2007, pp. 5 ss.; DRURY, *A European Look at the American Experience of the Delaware Syndrome*, in *The Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 1 ss.; EBKE, *Centros. Some Realities and Some Mysteries*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 623 ss.; ID., *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*, in *International Lawyer*, 2004, pp. 38 ss.; EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford EC Law Library, 1999; ENRIQUES, *EC Company Law and the Fears of a European Delaware*, in *European Business Law Review*, 2004, pp. 12 59 ss.; ID., *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?*, working paper, 2005, reperibile su [ssrn.com](#); ENRIQUES-GELTER, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, working paper, 2006, reperibile su [ssrn.com](#); FLUCK-MAYER, *Race to the Top or Bottom? Corporate Governance, Freedom of Reincorporation and Competition in Law*, working paper, 2005, reperibile su [ssrn.com](#); FROST, *Transfer of Company's Seat. An Unfolding Story in Europe*, in *Victoria University of Wellington Law review*, 2005, pp. 359 ss.; GELTER, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 247 ss.; GRUNDMANN, *The Structure of European Company Law: From Crisis to Boom*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 601 ss.; HANSEN, *Merger, Moving and Division Across National Borders. When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives*, in *European Business Law Review*, 2007, pp. 181 ss.; ID., *A New Look at Centros from a Danish Point of View*, in *European Business Law Review*, 2002, pp. 85 ss.; HIRT, *Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd*, in *European Business Law Review*, 2004, pp. 1189 ss.; HOLST, *European Company Law after Centros. Is the EU on the Road to Delaware?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 323 ss.; JOHNSTON, *EC Freedom of Establishment, Employee Participation in Corporate Governance and the Limits of Regulatory Competition*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2006, pp. 71 ss.; KIIKERI, (nt. 1), pp. 1 ss.; KIRCHNER-PAINTER-KAAL, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 159 ss.; KLINKE, *European Company Law and the ECJ: The Court's Judgements in the Years 2001*

to 2004, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 270 ss.; LAUTERFELD, «Centros» and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the «Real Seat» Approach towards Pseudo-Foreign Companies in German International Company and Insolvency Law, in *European Business Law Review*, 2001, pp. 80 ss.; LOOIJESTIJN-CLEARIE, *Have the Dikes Collapsed? Inspire Art a Further Break-through in the Freedom of Establishment of Companies?*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 389 ss.; LOMBARDO, *Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2003, pp. 301ss.; MICHELER, *Recognition of Companies Incorporated in other EU Member States*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 521 ss.; MUCCIARELLI, *Seat's transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies' Mobility*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com; ID., *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy – Case Note on the Decision “B & C” of the Italian Corte di Cassazione*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 512 ss.; MUNARI-TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, working paper, reperibile su ssrn.com; RAMMELLOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, 2001; RINGE, *No Freedom of Emigration for Companies*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 16 ss.; ROSE, *EU Company Law Convergence Possibilities after Centros*, in *translational Law & Contemporary Problems*, 2005, pp. 122 ss.; ROTH, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies*, *Private International Law and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 177 ss.; SCHÖN (nt. 5), pp. 122 ss.; SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?* in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 423 ss.; SCHINDLER, *Cross-Border Mergers in Europe – Company Law in Catching Up!. Commentary on the ECJ's Decision in SEVIC System AG*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, pp. 109 ss.; SESTER-CÀRDENAS, *The Extra-Communitarian Effects of Centros, Überseering and Inspire Art with Regard to Fourth Generation Association Agreements*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 398 ss.; SIEMS, *The European Directive on Cross-border Mergers: An International Model?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, pp. 167 ss.; STORM, *Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*, in *European Company Law*, 2006, pp. 130 ss.; ID., *Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law in the 21st Century*, in *European Law Review*, 2002, pp. 47 ss.; TIMMERMANS, *Company Law as Ius Commune?*, 2002, reperibile su www.law.kuleuven.ac.be/ccle; TRÖGER, *Choice of Jurisdiction in European Corporate Law. Perspective of European Corporate Governance*, in *European Business Organization Law Review*, 2005, pp. 3 ss.; VAN VOSSEESTEN, *Companies' Freedom of Establishment after SEVIC*, in *European Company Law*, 2006, pp. 3 ss.; VENTORUZZO, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com; VOSSIUS, *The Innoventif Case of the ECJ 1.6.2006, C-543/04*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, pp. 476 ss.; WERLAUFF, *EU Company Law. Common Business Law of 28 States*, second edition, 2003, pp. 1 ss.; ID., *The Main Seat Criterion in a new Disguise. An Acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion*, in *European Business Law Review*, 2001, pp. 2 ss.; WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, working paper, 2003, reperibile su ssrn.com; ID., *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, working paper, 2006, reperibile su ssrn.com; WOOLDRIDGE, *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *European Business Law Review*, 2003, pp. 227 ss.; WOUTERS, *European Company Law: Quo Vadis?*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 257 ss.; WYATT & DASHWOOD'S, *European Union Law*, fifth edition, London, 2006, pp. 749 ss.; ZIMMER, *Private International Law of Business Organisations*, in *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 585 ss.

Nella dottrina in lingua italiana v. AL NAHHARI-PERON, *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali: uno sguardo di insieme*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. 2 ss.; BALLARINO,

Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Utet, 2007, vol. I, pp. 149 ss.; ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 679 ss.; BARONE, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Riv. not.*, 2003, pp. 90 ss.; BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Utet, 2007, vol. IV, pp. 366 ss.; ID., «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 699 ss.; ID., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* a cura di Paolo Picone, Padova, Cedam, 2005, 205 ss.; ID., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, pp. 569 ss.; BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del d. lgs. n. 6 del 2003*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 342 ss.; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 89 ss.; CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, pp. 951 ss.; COLANGELO, *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo «mercato europeo delle regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 257 ss.; CONTALDI, *Il diritto comunitario delle società tra evoluzioni giurisprudenziali e la legge di riforma delle società*, in *Dir. Unione Europea*, 2003, pp. 711 ss.; COSCIA, *La teoria della sede effettiva o Sitztheorie e la libertà di stabilimento societario*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 703 ss.; ENRIQUES, *Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Zanichelli, 2007; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, pp. 71 ss.; GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione Europea: un nuovo «caso Delaware»?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, pp. 133 ss.; V., GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. USA*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 133 ss.; GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *Dir. Comm. int.*, 2006, pp. 353 ss.; KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 78 ss.; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pp. 456 ss.; ID., *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata civile*, 2005, pp. 352 ss.; MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 649 ss.; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Giur. comm.*, 2000, pp. 83 ss.; ID., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, pp. 559 ss.; NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. comm.*, 2005, pp. 5 ss.; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 19 ss.; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 1292 ss.; PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 344 ss.; PISCHETOLA, *il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, pp. 586 ss.; POCCHI, *Le fusioni societarie transfrontaliere nel mercato comune*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, pp. 6 ss.; PORTALE, *La riforma delle società di capitale tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 101 ss.; ID., «Armonizzazione» e «concorrenza» tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 95 ss.; PRETO-DESGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, pp. 234 ss.; RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CEE in materia di fusione transfrontaliera*, 2007, reperibile su www.notariato.it.

La dottrina in lingua tedesca è la più cospicua di tutte data la tradizionale e rigida applicazione in quel Paese della *Sitztheorie*. Una lunga appendice bibliografica relativa alla letteratura tedesca formatasi a partire dalla sentenza relativa al «caso Centros» è rinvenibile in KLINKE, *European Company Law and*

Con particolare riferimento al diritto italiano le disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento hanno messo in crisi, come si vedrà nel prosieguo, l'operatività dell'art. 25, primo comma, ultimo periodo, e terzo comma, della legge sul diritto internazionale privato e di alcune delle disposizioni codicistiche in materia di trattamento delle sedi secondarie di società straniere.

2. Il diritto comunitario e la libertà di stabilimento delle società costituite all'estero.

La corretta comprensione della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo in materia di libertà di stabilimento e dei principi di politica del diritto che stanno alla base della stessa rende necessario delineare il contesto normativo nell'ambito del quale queste decisioni si collocano e la logica economica sottesa alle disposizioni del Trattato.

the ECJ: The Court's Judgements in the Years 2001 to 2004, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 310 ss.

Nella dottrina in lingua francese v., *ex multis*, BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement: remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. dip.*, 2003, pp. 373 ss.; BERNARDEU, *Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés*, in *Gaz. Pal., Doc.*, 2003, pp. 2102 ss.; DOM, *La liberté d'établissement des succursales: principes et limites*, in *Revue des sociétés*, 2004, pp. 65 ss.; LUBV, *Libre établissement des sociétés et fiscalité directe. Un bilan contrasté*, in *Europe*, 2002, pp. 5 ss.; MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997; JONET, *Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement*, in *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 2003, pp. 33 ss.

Nella dottrina in lingua spagnola v., *ex multis*, ESTABAN DE LA ROSA, (nt. 3), pp. 369 ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.; SANCHEZ LORENZO, *El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 115 ss.; SANCHEZ VILLA, *La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia «Centros»*, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2001, pp. 1 ss.; SPINDLER, *El derecho europeo de sociedades después de Inspire Art y golden shares*, in *Revista de sociedades*, 2004, pp. 65 ss.; VAQUERO LÓPEZ, *Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art Ltd.*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2004, pp. 283 ss.; VASSEROT, *El derecho de sociedades comunitario en el umbral de la constitución europea*, in *Revista valenciana de economía y hacienda*, 2003, pp. 185 ss.

Uno degli obiettivi principali del processo di integrazione europea è stato, fin dai suoi albori, la promozione all'interno della Comunità di «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» (art. 2, TCE) al fine di contribuire al complessivo miglioramento del benessere dei popoli europei²⁷⁵. Nella mente degli Stati firmatari, lo strumento giuridico indispensabile per la realizzazione di questo obiettivo era la creazione di un mercato unico comunitario caratterizzato «dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 3, primo comma, lett. c, TCE). L'eliminazione delle barriere giuridiche alla libera circolazione dei fattori produttivi costituisce, infatti, presupposto per lo sviluppo di «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» nella quale le risorse possano trovare «un'efficace allocazione» (art. 98, TCE). Tale concetto trova ulteriore conferma nell'art. 12 TCE che stabilisce tra i principi fondamentali del Trattato, e salve le eccezioni dallo stesso previste, il principio del divieto di «ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

Sembra superfluo in questa sede richiamare i principi che stanno alla base della prevalenza del diritto comunitario sui diritti interni degli Stati membri, prevalenza che è ormai stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia e dalle Corti costituzionali degli Stati membri e che riguarda non soltanto la disciplina regolamentare vera e propria ma anche le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia²⁷⁶. Si deve, invece, ricordare che le disposizioni sopra richiamate e in particolare il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità hanno efficacia diretta e applicabilità diretta non soltanto nei rapporti verticali tra gli Stati e i

²⁷⁵ Così il preambolo del Trattato di Roma.

²⁷⁶ Per l'Italia v., per esempio, la sentenza della Corte costituzionale del 23 aprile 1985, n. 113, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, pp. 386 ss.

cittadini (ai quali sono equiparate le società) ma anche nei rapporti orizzontali tra cittadini privati, non essendo necessaria, come ha rilevato più volte la Corte di giustizia²⁷⁷, la loro trasposizione in direttive o regolamenti al fine di far valere i diritti da esse riconosciuti²⁷⁸.

Essendo uno degli obiettivi principali del processo di integrazione europea la creazione di un mercato unico caratterizzato dalla libera circolazione dei fattori produttivi risulta allora evidente come la libera circolazione delle società commerciali assuma un ruolo fondamentale²⁷⁹.

²⁷⁷ V., per esempio, la decisione della Corte di giustizia del 6 giugno 2000, nel caso *Roman Angonese* (in causa C-281/98) dove la Corte stabiliva l'obbligo di una banca italiana di rispettare il divieto di cui all'art. 12 TCE con riguardo ad alcuni obblighi di un lavoratore, in relazione ad un concorso ai fini di assunzione, di comprovare la propria cognizione linguistica mediante un unico diploma, rilasciato in una sola provincia di uno Stato membro. Sul punto v., EDWARDS (nt. 10), p. 19.

²⁷⁸ Nel disegno originario dei redattori del Trattato l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento avrebbe dovuto essere realizzato gradualmente mediante l'intervento delle istituzioni comunitarie. Il Trattato prevedeva, infatti, da un lato il c.d. obbligo di *standstill* che sanciva il divieto di introdurre nuove restrizioni al diritto di stabilimento, e dall'altro l'adozione di un programma generale di intervento da emanare entro la fine del periodo transitorio (1 gennaio 1970) che avrebbe dovuto stabilire «per le singole categorie di attività, le condizioni generali per l'attuazione della libertà di stabilimento e in particolare le tappe di tale attuazione» (art. 54, Trattato CEE, ora abrogato). Tale programma avrebbe dovuto poi essere realizzato attraverso l'adozione di direttive attuative volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento esistenti. Sebbene il programma fu adottato nel 1961 (v., GUCE n. 2 del 15 gennaio 1962, pp. 36 ss.), l'emanazione delle direttive di attuazione fu assai lenta e disorganica e tale da compromettere la realizzazione della libertà di stabilimento. Trovatisi di fronte a questa situazione la Corte di giustizia seguì una diversa strada e interpretò il riferimento al periodo transitorio nel senso che la mancata adozione delle direttive al termine dello stesso non poteva in ogni caso impedire l'applicazione del Trattato ed in particolare dell'art. 43 (ex 52) relativo alla libertà di stabilimento, dovendo queste norme essere immediatamente applicabili e direttamente efficaci negli ordinamenti degli Stati membri. V., *ex multis*, la decisione del 21 giugno 1974 (in causa 2/74) relativa al caso *Reyners*, dove la Corte afferma che «dopo la fine del periodo transitorio, le direttive contemplate dal capitolo relativo al diritto di insediamento sono divenute superflue per l'attuazione della norma sul trattamento nazionale, dato che quest'ultima è ormai sancita, con efficacia diretta, dal Trattato stesso». La disciplina della libertà di stabilimento è stata prevalentemente costruita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia essendo, tutt'oggi poche le direttive relative al diritto di stabilimento. V., anche, AA. VV., *Diritto dell'Unione Europea*, parte speciale, a cura di Girolamo Strozzi, seconda edizione, Padova, Cedam, 2006, pp. 170 ss. I principi della Corte di Giustizia nel caos *Reyners* sono stati ribaditi, per quanto attiene alla libertà di stabilimento, nelle sentenze *Jean Thieffry c. Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris*, 28 aprile 1977, causa 71/76; e *Richard Hugh Patrick c. Ministero affari culturali francese*, 28 giugno 1977, causa 11/77. In queste sentenze la corte ha anche dichiarato la contrarietà al TCE delle eventuali discriminazioni dissimulate e occulte tra cittadini comunitari.

²⁷⁹ V., anche, BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669

Queste ultime costituiscono, infatti, il principale strumento giuridico attraverso il quale nelle economie capitalistiche viene svolta l'attività di impresa e, dunque, la struttura indispensabile per esercitare l'attività produttiva.

Sulla base di questi presupposti il Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) attribuisce alle persone fisiche e giuridiche di uno Stato membro il diritto di stabilirsi in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività economica alle medesime condizioni ivi poste nei confronti dei propri cittadini, in applicazione dei principi del trattamento nazionale e del mutuo riconoscimento. Vengono in considerazione al riguardo principalmente gli artt. 43 e 48 del TCE.

In particolare, mentre l'art. 43 vieta «le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di altro Stato membro», il successivo art. 48, primo comma, TCE estende espressamente la libertà di stabilimento già riconosciuta ai cittadini degli Stati membri dall'art. 43 alle società commerciali quando queste siano «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro» ed abbiano «la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale all'interno della Comunità»²⁸⁰.

secondo il quale «è fuor di dubbio che in un mercato comune di impronta liberistica che intende in primo luogo rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione dei fattori di produzione le società commerciali dovrebbero godere di una libertà totale di trasferire la propria sede».

²⁸⁰ L'art. 55 TCE, per effetto del rinvio all'art. 48 citato, realizza la stessa equiparazione tra persone fisiche e società commerciali con riguardo alle norme sulla libertà di prestazione dei servizi riconosciuta dagli artt. 49 ss. TCE. La libertà di prestazione dei servizi, tuttavia, si distingue dalla libertà di stabilimento per il carattere occasionale ed episodico dell'attività e per la mancanza, quindi, del requisito dell'organizzazione caratteristico, invece, della seconda. Più in generale sul confronto tra la libertà di stabilimento e le altre libertà comunitarie v. HANSEN, *Full Circle: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, in *Services and Free Movement in the EU Law*, a cura di Mads Andenas e Wulf-Henning Roth, Oxford University Press, 2001, pp. 197 ss.; RINGE, (nt. 10), pp. 635 ss.

3. Stabilimento a titolo principale e stabilimento a titolo secondario.

Per stabilimento può intendersi in generale «una permanenza continuata e stabile nello Stato membro ospitante tale da garantire una certa sistematicità delle attività economiche ivi svolte»²⁸¹.

In merito al contenuto del diritto di stabilimento l'art. 43 prevede due forme di stabilimento rilevanti: lo stabilimento primario e lo stabilimento secondario. Lo stabilimento primario è quello che importa l'accesso diretto alle attività economiche «non salariate e al loro esercizio»²⁸². Con riguardo alle persone giuridiche lo stabilimento primario può avvenire mediante «la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ... alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini» (art. 43, secondo comma), attraverso lo spostamento della sede sociale o del centro di attività principale in un diverso Stato membro, o secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, mediante la partecipazione al capitale sociale di una società appartenente ad un altro Stato membro²⁸³. La libertà di stabilimento primaria si caratterizza quindi

²⁸¹ V., LOMBARDO (nt. 10), p. 354.

²⁸² L'art. 43 individua, dunque, nel salario (ossia nel corrispettivo dell'attività lavorativa prestata) la differenza tra libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei lavoratori. Come ha osservato la Corte di Giustizia mentre le attività salariate si caratterizzano per il fatto che esse vengono fornite sotto la direzione di un soggetto diverso, e quindi sotto un vincolo di subordinazione, le attività non salariate sono contraddistinte proprio dall'assenza di tale vincolo di subordinazione e dal regime di indipendenza caratterizzato da autonomia gestionale e assunzione del rischio economico in cui l'operatore economico svolge la propria attività. Sul punto, v. AA. VV., (nt. 13), p. 173.

²⁸³ V., la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Daily Mail* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 27 settembre 1988, n. 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury e Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail e General Trust PLC.*, punto 17). Il beneficio del trattamento nazionale è disposto dall'art. 294 del TCE e presuppone la libera circolazione dei capitali. V. anche la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Baars* (13 aprile 2000, causa C-251/98, punti 21-22) dove la Corte ha stabilito che l'acquisizione da parte di una o più persone fisiche residenti in uno Stato membro di partecipazioni di una società appartenente ad un altro Stato membro rientra nel campo di applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento soltanto qualora l'acquisizione riguardi la totalità delle quote di quest'ultima o una partecipazione tale comunque da assicurare una sicura influenza sulle decisioni della società e da indirizzarne le attività. Negli altri casi, invece,

per il fatto che una società pur mantenendo la personalità giuridica conferitagli dello Stato membro di origine si stabilisce completamente nello Stato membro di arrivo per esercitarvi una delle attività sopra menzionate.

Lo stabilimento a titolo secondario si realizza, invece, attraverso l'apertura di agenzie, succursali o filiali in uno Stato membro diverso da quello in cui sono poste la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale²⁸⁴ (art. 43, primo comma, seconda frase).

Il Trattato non definisce i concetti di agenzia, succursale e filiale. In generale può dirsi che l'elemento distintivo del concetto di filiale rispetto a quelli di agenzia e succursale risiede nel fatto che l'espressione di filiale viene intesa come sinonimo di «società affiliata», ossia di società caratterizzata da autonomia patrimoniale e autonoma personalità giuridica e presuppone quindi la presenza di una società madre rispetto alla quale la filiale viene a porsi come società figlia. Le succursali e le agenzie costituiscono, invece, una semplice estensione della casa madre e più specificatamente un ufficio che forma parte dell'ente dello stabilimento principale, senza godere di una autonoma soggettività giuridica. In base alla interpretazione fornita della Corte di Giustizia requisiti essenziali affinché possa parlarsi di succursale o agenzia sono la soggezione al controllo di una entità straniera e l'attribuzione al rappresentante della sede secondaria del potere di rappresentanza di tale società e in particolare di concludere contratti.

troveranno applicazione le disposizioni del Trattato relative alla libertà di circolazione dei capitali. Sul punto v. anche BERLINGUER (nt. 10), p. 357.

²⁸⁴ Su tali concetti v. la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Somafer* dove la Corte afferma che «la nozione di succursale, d'agenzia o di qualsiasi altra filiale implica un centro operativo che si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare affari con terzi, di guisa che questi, pur sapendo che un eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre, la cui sede trovasi all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione». Sulla nozione di filiale v., in dottrina, ENRIQUES, ____ PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, Cedam, 1990.

L'unica differenza tra succursale e agenzia consiste nel fatto che i rappresentanti di una succursale godono di una maggiore autonomia rispetto a quelli di una agenzia²⁸⁵. I concetti di succursale e di agenzia sono, a differenza del concetto di filiale, configurabili anche con riferimento alle persone fisiche imprenditori individuali.

Nel diritto di stabilimento secondario la società resta, dunque, in linea di principio attiva nello Stato di partenza dove mantiene la propria attività principale ma inizia a operare anche nello Stato di arrivo. Il diritto di stabilimento secondario tende quindi a garantire alle società la possibilità di disporre di più centri di attività economica o di più dipendenze in diversi Stati membri a condizione che il soggetto principale sia «localizzato» in uno Stato membro.

Il riferimento ad agenzie, succursali o filiali come forme di esercizio della libertà di stabilimento secondaria deve ritenersi avere carattere soltanto esemplificativo. Infatti, come ha rilevato la stessa Corte di Giustizia, «qualora un'impresa di uno Stato membro sia permanentemente presente in un altro Stato membro, ad essa si applicano le disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento. Anche se la sua presenza in quest'ultimo Stato non ha assunto la forma di una succursale o di un'agenzia, ma si manifesta tramite un semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia»²⁸⁶.

La qualificazione dello stabilimento come primario o come secondario parrebbe richiede, dunque, in linea di principio un bilanciamento in senso economico tra le attività che restano nello Stato di partenza e quelle che

²⁸⁵ V., RAMMELOO, (nt. 10), p. 33.

²⁸⁶ V., Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 4 dicembre 1986, in causa 205/84, *Commissione c. Germania*, par. 21.

vengono trasferite nello Stato di arrivo. Questo orientamento sembrava essere condiviso dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza relativa al caso *Segers*²⁸⁷ dove la Corte ha qualificato come stabilimento primario la situazione di una società costituita in uno Stato membro ma che esercitava la propria attività interamente in un altro Stato membro attraverso una sede secondaria.

Questo principio è stato, tuttavia, recentemente sconfessato dalla Corte rendendo di fatto priva di conseguenze pratiche la distinzione fra stabilimento primario e stabilimento secondario con riguardo alle società. La Corte, come si vedrà più in dettaglio nel proseguo, ha, infatti, affermato che l'esercizio della libertà di stabilimento per il tramite di una sede secondaria non implica in alcun modo che quest'ultima abbia carattere ancillare o subordinato rispetto alla sede statutaria. Anzi, è addirittura irrilevante la circostanza che una società si costituisca all'estero con l'intento sin dal momento della costituzione di svolgere la propria attività interamente nel Paese di stabilimento attraverso l'istituzione di una secondaria.

Mentre il diritto di stabilimento primario non è stato armonizzato per le società commerciali²⁸⁸ lo stabilimento secondario è stato, invece, armonizzato dalla undicesima direttiva in materia di diritto societario sulla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da parte di società costituite in un altro Stato membro²⁸⁹.

Lo stabilimento, inoltre, può essere volontario o involontario.

²⁸⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 luglio 1986, in causa C-79/85.

²⁸⁸ Lo stabilimento primario è stato, invece, armonizzato per le persone fisiche. Il riferimento è alla direttiva 73/148/CEE che stabilisce il diritto di ogni cittadino di uno Stato membro di lasciare il territorio dello Stato di origine e recarsi in un altro Stato membro per esercitare una attività di lavoro autonomo, nonché il diritto di ingresso e soggiorno nello Stato ospite.

²⁸⁹ Sul punto v. LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, (nt. 10), p.368.

Secondo il disegno originario del legislatore comunitario gli Stati membri possono imporre restrizioni alla libertà di stabilimento adottando «disposizioni legislative, regolamentari e amministrative» *ad hoc* solo se in quanto necessarie per salvaguardare interessi specificatamente (e tassativamente) individuati all'art. 46, primo comma, TCE, e cioè per «motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica» (art. 46, primo comma, TCE).

L'ordine pubblico comunitario è un limite eccezionale che può essere invocato, così come la pubblica sicurezza, per evitare l'applicazione di una libertà comunitaria. Secondo un costante orientamento della giurisprudenza comunitaria il ricorso all'ordine pubblico comunitario può essere utilizzato soltanto per motivi legati alla polizia (cioè legati al mantenimento dell'ordine) e mai per perseguire obiettivi di carattere economico.

Data la loro natura eccezionale le ragioni che giustificano le deroghe ad una libertà fondamentale del Trattato devono essere interpretate restrittivamente, ragion per cui la Corte ha subordinato la legittimità delle stesse ad una «minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della Comunità»²⁹⁰. Ad oggi restrizioni del genere sono state applicate principalmente nel campo della libertà di stabilimento delle persone fisiche e in relazione all'ingresso e all'esercizio di attività economiche da parte di individui, lavoratori autonomi, professionisti etc.²⁹¹, ma mai in relazione alle società commerciali.

In ogni caso, secondo quanto stabilito dalla Corte nel *leading case* Gebhard, «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare

²⁹⁰ V. le decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nei casi *Bouchereau* (27 ottobre 1977, in causa C-30/44) e *Oteiza Olazabal* (26 novembre 2002, in causa C-100/01).

²⁹¹ V. EBKE, (nt. 10), il quale rileva come l'art. 46 TCE sia sempre stato interpretato in maniera restrittiva dalla Corte di Giustizia.

l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, e dunque anche la libertà di stabilimento, devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo» (c.d. *four factors test*)²⁹². Inoltre, l'analisi deve essere sempre effettuata caso per caso, tenendo conto della particolarità di ogni fattispecie²⁹³.

I principi enunciati nel caso *Gebhard*, che costituiscono in realtà mera estensione alla libertà di stabilimento dei medesimi principi già espressi nella celebre sentenza *Cassis de Dijon* del 1978 in materia di libertà di

²⁹² V. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 30 novembre 1995, in causa C-55/94, punto 37. Sul punto v., anche, EBKE (nt. 10), pp. 37 ss.

²⁹³ V., Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 novembre 2002, in causa C-436/00, *Braathens Sverige AB c. Riksskatteverket*, punto 43; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6 giugno 1996, in causa C-101-94, *Commissione c. Italia*, punto 26. In particolare, nell'ultima decisione appena richiamata la Corte ha ritenuto che fossero incompatibili con il diritto comunitario le norme italiane che riservavano l'attività di intermediazione mobiliare alle società con sede legale in Italia (art. 3, secondo comma, lett. a della legge 2 gennaio 1991, n. 1) perché non apparivano giustificate le esigenze invocate dallo Stato italiano di vigilare sull'attività di intermediazione, di sottoporre a eventuale sanzione il comportamento degli intermediari e di garantire loro la solvibilità. La Corte ha rilevato che tali esigenze avrebbero potuto essere soddisfatte in altro modo, richiedendo ad esempio alle società di intermediazione che intendono operare in Italia di accettare di sottoporsi ai controlli o di fornire i documenti e le informazioni necessarie alle autorità italiane per accertarsi che tali società soddisfino i requisiti imposti dalla legge italiana e subordinando l'attività in Italia alla costituzione di garanzie finanziarie sul territorio italiano in maniera da rendere sicure le operazioni effettuate sul territorio. Dunque, a giudizio della Corte «anche supponendo che gli obiettivi perseguiti dalla legge italiana possano essere considerati come obiettivi di ordine pubblico ... gli obblighi controversi non sono indispensabili per conseguire tali obiettivi ed essi non possono quindi considerarsi giustificati alla luce della norma stessa». Sono state invece ritenute giustificate da motivi di interesse pubblico, senza considerare per adesso le decisioni in materia di restrizioni alla libertà di stabilimento delle società sulle quali si tornerà in seguito, norme in materia di proprietà intellettuale volte ad evitare il rischio di confusione tra marchi (causa C-266/97, *Pleiffer*, punto 22), disposizioni specifiche volte a garantire la coerenza del sistema fiscale nazionale (causa C-204/90, *Bauchmann*, e causa C-300/90, *Commissione c. Belgio*), la lotta contro l'evasione fiscale (sentenze 16 luglio 1988, in causa C-264/96, *ICI*, punto 26, e 8 marzo 2001, in cause C-197/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*, punto 57) e l'efficacia dei controlli fiscali (sentenze 15 maggio 1997, in causa C-250/95, *Futura Participations*, punto 31, e 8 luglio 1999, in causa C-254/97, *Baxter*, punto 18). Si può rilevare che in ogni caso l'analisi della Corte è stata sempre assai puntuale, non ha mai effettuato generalizzazioni e ha sempre valutato attentamente le condizioni e le conseguenze dell'applicazione delle norme nazionali con riferimento alle circostanze del caso concreto.

circolazione delle merci e dei servizi²⁹⁴, sono stati, come si dirà meglio in seguito, recepiti espressamente dalla Corte nella elaborazione della «dottrina Centros».

4. Armonizzazione.

Il legislatore comunitario era consapevole al momento della redazione del Trattato che la diversità delle legislazioni societarie, specialmente con riferimento alla materia della protezione dei diritti dei creditori, avrebbe potuto pregiudicare l'operatività in concreto della libertà di stabilimento e dare luogo a resistenze da parte degli Stati membri.

Per questo motivo veniva introdotta all'art. 44, secondo comma, lett. g), TCE, una clausola che autorizza l'intervento delle istituzioni comunitarie diretto ad armonizzare «le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società, a mente dell'art. 48, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci, come dei terzi» al fine di renderle equivalenti. Questa norma costituisce la base giuridica per l'emanazione delle direttive di armonizzazione del diritto societario. Anche gli articoli 94, 95, 293 e 308 TCE consentono, in realtà, un intervento comunitario nel campo del diritto delle società. Tuttavia, essi hanno, fino ad oggi, svolto un ruolo soltanto secondario.

L'intervento del legislatore comunitario nel campo del diritto societario è avvenuto soprattutto per mezzo di direttive e soltanto in casi eccezionali attraverso lo strumento dei regolamenti²⁹⁵. Le direttive di

²⁹⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 febbraio 1979, in causa n. 120/78.

²⁹⁵ I casi di armonizzazione mediante regolamento che si registrano sono, in ordine cronologico, il Regolamento CE n. 2137/85 del Consiglio, del 25 luglio 1985, che introdusse i gruppi europei di interesse economico (GEIE); il Regolamento CE n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che introdusse, dopo decenni di discussioni, la società europea (SE); il Regolamento CE 1435/2003 del

armonizzazione in materia di società hanno l'obiettivo principale di limitare le divergenze tra le normative nazionali, agevolare di fatto il riconoscimento reciproco e ridurre la necessità di imporre tutele particolari o specifiche da parte dei legislatori nazionali. Le direttive di armonizzazione hanno interessato svariati settori del diritto societario e sono intervenute con frequenza sempre maggiore negli ultimi anni²⁹⁶.

Il processo di armonizzazione è iniziato nel 1968 con l'emanazione della prima direttiva²⁹⁷ che ha previsto ampi obblighi di pubblicità in occasione della costituzione delle società di capitali e delle società a responsabilità limitata per garantire l'informazione dei terzi sulle caratteristiche essenziali della società di nuova costituzione e ha richiesto un controllo preventivo delle formalità di costituzione. Dato che tale controllo è difficilmente infallibile, la direttiva in questione ha, altresì, ammesso in alcuni casi un regime di nullità delle società inficiate da un'irregolarità di costituzione.

La seconda direttiva²⁹⁸ si pone sulla stessa linea della prima direttiva e ne completa in un certo senso l'impianto, sebbene limitatamente alle società per azioni. La direttiva in questione stabilisce, infatti, per la

Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della società cooperativa europea (SCE); il Regolamento CE n. 1346/2000, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliere.

²⁹⁶ Un elenco completo delle direttive e dei regolamenti in materia di diritto societario è reperibile in ENRIQUES, *EC Company Law Directives and Regulation: How Trivial Are They?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2006, pp. 1 ss., dove l'A. dimostra lo scarso impatto che le direttive in materia di diritto societario hanno avuto in concreto sui diritti societari nazionali e in particolare «*on the way companies, and especially medium and large ones, are directed, managed and controlled*» e conclude per la loro sostanziale inutilità. Sull'opportunità del processo di armonizzazione v., anche, ID., *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com; ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com. Per un'analisi dettagliata del contenuto delle singole direttive comunitarie in materia societaria v., anche, EDWARDS (nt. 10), pp. 57 ss.; WYATT&DASHWOOD'S (nt. 10), pp. 865 ss.

²⁹⁷ Direttiva del Consiglio n. 68/151 del 9 marzo 1968.

²⁹⁸ Direttiva del Consiglio n. 77/91 del 13 dicembre 1976 modificata dalla direttiva 23 novembre 1992.

costituzione di una società per azioni la sottoscrizione di un capitale sociale minimo, che viene concepito come garanzia per i creditori e contropartita della responsabilità limitata dei soci. E' anche previsto un contenuto minimo per qualsiasi atto costitutivo di una società per azioni. La seconda direttiva è stata attuata in Italia con il d.p.r. 30/1986.

La Commissione sta attualmente esaminando l'opportunità di modificare queste due direttive per istituire, su scala europea, un Registro europeo delle imprese che assicuri un accesso più semplice alle informazioni sulle società in modo da migliorare la tutela giuridica e facilitare la creazione di succursali in altri Stati membri. Questo sistema dovrebbe essere formato in modo da collegare i rispettivi registri di pubblicità legale in una banca dati in rete, contenente tutti i dati d'impresa, oggetto di pubblicità legale nei rispettivi ordinamenti²⁹⁹.

L'obiettivo di assicurare ai soci e ai terzi le stesse garanzie in caso di operazioni di ristrutturazione societaria si è tradotto nell'adozione di una terza direttiva del Consiglio³⁰⁰ relativa alle fusioni delle società per azioni di uno stesso Stato membro, di una sesta direttiva³⁰¹ relativa alle scissioni delle stesse società, della tredicesima direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di offerte pubbliche di acquisto³⁰² e della decima

²⁹⁹ V., BOCCHINI, *Il Registro europeo delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1999, pp. 391 ss.

³⁰⁰ Direttiva del Consiglio n. 78/855 del 9 ottobre 1978 recepita in Italia con il d.lgs. 22/1991, e poi ulteriormente modificata con il d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. La terza direttiva stabilisce che le modalità della fusione debbano essere definite in un progetto predisposto dagli amministratori delle società interessate, accompagnato da una relazione illustrativa, e reso pubblico e accessibile ai soci almeno un mese prima della data fissata per la riunione dell'assemblea al fine di sottoporlo all'approvazione dell'assemblea.

³⁰¹ Direttiva del Consiglio n. 82/891 del 17 dicembre 1982. Questa direttiva presenta un contenuto molto simile a quello della terza direttiva sulle fusioni interne.

³⁰² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/25 del 21 aprile 2004. V., WYATT&DASHWOOD'S (nt. 10), pp. 880 ss.

direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali³⁰³.

La quarta³⁰⁴ e la settima³⁰⁵ direttiva concernono la materia contabile e in particolare la redazione del bilancio d'esercizio e di quello consolidato di gruppo e i requisiti dei soggetti incaricati del controllo contabile.

L'undicesima direttiva³⁰⁶ disciplina la pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato membro e si preoccupa di armonizzare gli obblighi che gli Stati membri non possono introdurre o devono introdurre in capo alle succursali al fine della tutela dei terzi che entrano in contatto con la società³⁰⁷.

La dodicesima direttiva³⁰⁸ ha imposto agli Stati membri di introdurre nei loro ordinamenti la possibilità di costituire società a responsabilità limitata unipersonali. Tale direttiva è stata recepita dall'Italia con il d.lgs. 88/1993 il quale, tuttavia, non si avvale della facoltà di prevedere la medesima possibilità di costituzione unipersonale per le società per azioni. A tale lacuna il nostro ordinamento ha rimediato con la recente riforma delle società di capitali (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6).

Deve, infine, rilevarsi che la proposta di quinta direttiva del 1991 concernente la struttura delle società per azioni e i poteri e gli obblighi dei loro organi è al momento bloccata a causa delle disposizioni sulla partecipazione dei lavoratori che essa contiene, mentre il progetto di nona direttiva in materia di gruppi non si trova neppure allo stadio di proposta.

³⁰³ Direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2005/56 del 26 ottobre 2005. Sulla quale v. *infra*..

³⁰⁴ Direttiva del Consiglio n. 78/660 del 25 luglio 1978.

³⁰⁵ Direttiva del Consiglio n. 83/349 del 13 giugno 1983.

³⁰⁶ Direttiva del Consiglio n. 89/666 del 21 dicembre 1989 recepita in Italia con il d.lgs. 516/1992.

³⁰⁷ Sulla nozione di succursale nell'undicesima direttiva v., ampiamente, ENRIQUES (nt. 22), pp. __ ss. Più in generale sull'undicesima direttiva v., BENEDETTELLI, *Le direttive comunitarie sulla pubblicità delle «succursali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, pp. 845 ss.; EDWARDS, (nt. 10), pp. 90 ss. V. *infra*.

³⁰⁸ Direttiva del Consiglio n. 89/667 del 21 dicembre 1989 recepita in Italia con il d.lgs. 88/1993.

Le direttive di armonizzazione richiamate hanno, inoltre, un diverso ambito di applicazione soggettivo. La seconda, la terza e la sesta direttiva sono applicabili soltanto ai modelli equivalenti alle società per azioni. La prima, la quarta, la settima, la decima e l'undicesima direttiva trovano applicazione ai modelli equivalenti alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni e alle società a responsabilità limitata³⁰⁹. Il campo di applicazione della dodicesima direttiva, infine, è limitato alle società a responsabilità limitata.

Il processo di armonizzazione del diritto societario comunitario dopo aver attraversato una fase di stallo piuttosto lunga, sembra oggi vivere una delle fasi più prolifiche della sua storia. Ciò probabilmente anche per effetto di una vera e propria programmazione pluriennale degli interventi della Comunità nel campo del diritto societario che è stata elaborata dal gruppo di esperti nominato dalla Commissione europea a seguito dei grandi scandali societari che hanno recentemente interessato la Comunità economica mondiale. Sulla scorta del rapporto presentato dal gruppo di esperti la

³⁰⁹ Il legislatore comunitario, in considerazione del crescente numero, all'interno della Comunità Europea, di società personali i cui soci a responsabilità illimitata sono società di capitali, e forse con l'intento di attenuare i pericoli che tale partecipazione può comportare per i soci, i creditori e i terzi, ha emanato nel 1990 una direttiva di armonizzazione delle legislazioni societarie dei Paesi membri con la quale ha imposto agli stessi di estendere il campo di applicazione della quarta direttiva sulla disciplina del bilancio di esercizio e consolidato, anche alle società di persone (per l'Italia vengono indicate le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice) «quando tutti i soci illimitatamente responsabili» siano società di capitali (per il nostro Paese, società per azioni, società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata) o «società non disciplinate dal diritto di uno Stato membro le quali però abbiano una forma giuridica» comparabile a quelle di capitali (direttiva del Consiglio delle Comunità Europee dell'8 ottobre 1990, n. 605, integrativa delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE, in materia di conti annuali e consolidati per quanto riguarda il loro campo di applicazione, reperibile su *Giur. comm.*, 1991, pp. 442 ss.). Il nostro Paese aveva giustificato la mancata attuazione della direttiva in questione, con la dichiarazione di impossibilità che in Italia si verificasse il presupposto di applicazione della medesima (ossia che tutti i soci illimitatamente responsabili della società di persone fossero società di capitali). Alla direttiva è stata oggi data attuazione con la riforma societaria del 2003 che, come è noto, ha espressamente previsto la possibilità di partecipazione di società di capitali in società persone concedendo in tal modo alle società italiane di utilizzare una modalità organizzativa che già da tempo era consentita alle società degli altri Paesi comunitari. Sul punto v., DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, pp. 288 ss.

Commissione europea ha adottato nel maggio del 2003 un «Piano di azione per modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea» (qui di seguito, il «Piano di azione»)³¹⁰.

Dove non c'è armonizzazione i legislatori nazionali mantengono la competenza a legiferare. Tuttavia, la mancanza di armonizzazione non può, come si è detto, in alcun modo pregiudicare l'applicazione delle libertà comunitarie e in particolare il principio della libertà di movimento delle società in ambito comunitario. Il diritto societario ricade, infatti, a pieno titolo nell'ambito di applicazione del Trattato.

La compatibilità del diritto interno con il diritto comunitario deve valutarsi non soltanto con riguardo alle norme imperative nazionali ma anche con riferimento alle disposizioni di conflitto. Queste ultime, infatti, come si è detto nel capitolo precedente, svolgono la funzione tipica di stabilire l'applicazione di una determinata legge tra quelle degli ordinamenti coinvolti in relazione a situazioni che presentano elementi di estraneità rispetto ad un determinato ordinamento³¹¹ e possono, dunque, essere utilizzate dagli Stati in chiave di nazionalismo giuridico come una barriera all'ingresso della legge straniera. Risulta allora evidente la possibilità di incompatibilità tra la libertà di stabilimento e il diritto internazionale privato degli Stati membri. Infatti, tanto la libertà di stabilimento quanto le norme di conflitto nazionali riguardano la disciplina di situazioni transfrontaliere. Ma la loro funzione e la logica che sta alla base delle stesse è nettamente diversa. La libertà di stabilimento si preoccupa di assicurare che i cittadini e le società

³¹⁰ Sul Piano di azione v., ENRIQUES-GATTI, *The Uneasy Case for Top-Down Corporate Law Harmonization in the European Union*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2007, pp. 34 ss.; HOPT, *European Company Law and Corporate Governance: Where Does the Action Plan of the European Commission Lead*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.

³¹¹ V., *supra*, cap. II, § 1.

appartenenti ad altri Stati membri ricevano un trattamento equivalente a quello dei cittadini e delle società nazionali. Le norme di conflitto, invece, come parte del diritto nazionale, devono, nell'individuare la legge applicabile alle situazioni transfrontaliere, rispettare il principio della parità di trattamento derivante dalla libertà di stabilimento.

Per questo motivo l'art. 65, primo comma, lett. b), TCE, si preoccupa di prevedere tra le competenze della Comunità anche «la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale» mentre l'art. 293 TCE stabilisce che gli Stati membri avvieranno tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini «il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, secondo comma, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse»³¹².

Al riguardo non sembra opportuno soffermarsi sul noto insuccesso che ebbe la Convenzione firmata a Bruxelles il 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche che non poté mai entrare in vigore per la mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi da addebitarsi al timore che l'adozione del regime della Convenzione potesse risultare incompatibile con i principi del diritto internazionale privato olandese in materia di società. E' sufficiente ricordare che la Convenzione prevedeva quello che potrebbe essere definito un «riconoscimento con riserva». Il testo, infatti, da un lato faceva salva la possibilità per gli Stati contraenti di non applicare la Convenzione alle società che fossero prive di una reale connessione con le economie degli Stati membri e dall'altro

³¹² V., BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, (nt. 10), p. 209.

riservava agli stessi la facoltà di applicare la propria disciplina societaria (in determinati casi anche quella suppletiva) alle società degli Stati membri aventi sede sul proprio territorio. E tutti e cinque Stati che avevano ratificato la Convenzione avevano deciso di avvalersi di questa riserva³¹³.

Deve, tuttavia, sottolinearsi che la formulazione dell'art. 293 TCE prevede l'obbligo degli Stati di avviare negoziati per «quanto occorra», ossia nella misura in cui il risultato descritto dalla norma non sia già realizzato dalle disposizioni del Trattato così come risultanti dall'interpretazione della Corte di Giustizia, dalle Convenzioni internazionali o dalle legislazioni nazionali degli Stati membri. Questa formula è stata interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Übersserring* nel senso che l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento non può in alcun modo essere condizionato all'adozione dei negoziati previsti dall'art. 293 TCE e che la eventuale mancanza di tali accordi non può avere in alcun modo l'effetto di limitare la libertà di stabilimento³¹⁴. L'art. 43 TCE stabilisce, infatti, uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario e ha, come si è detto, efficacia diretta negli Stati membri e può essere invocato direttamente dai singoli davanti ai giudici nazionali.

5. Ambito di applicazione soggettivo della libertà di stabilimento.

Mentre il concetto di persona fisica costituisce un concetto di immediata e ovvia determinazione in quanto facente riferimento ad un

³¹³ Per una più ampia analisi dei principi contenuti nella Convenzione di Bruxelles v., SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 198 ss.; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, vol. IX, parte I, Torino, 1994, 22 ss.; EBKE (nt. 10), pp. 22 ss.

³¹⁴ V., SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 10, secondo cui l'obbligo di iniziare negoziati deve essere inteso nel senso di vero e proprio «obbligo a contrarre».

fenomeno naturale, lo stesso non accade per gli enti i quali, a differenza delle prime, costituiscono una mera creazione della legge. E' chiaro, inoltre, come la nozione di «società» sia una nozione suscettibile di variare da ordinamento ad ordinamento. In particolare, mentre alcuni ordinamenti riservano la qualificazione formale di «società» soltanto ad enti dotati di una vera e propria personalità giuridica altri adottano una nozione più ampia che abbraccia anche gli enti non dotati di soggettività giuridica distinta da quella dei soci che la compongono. E' questo quanto avviene, per esempio, in Italia dove l'art. 2247 c.c. detta una nozione assai ampia di contratto di società individuandone i profili tipologici nell'accordo anche per *facta concludentia* con il quale «due o più persone (*fisiche o giuridiche*)³¹⁵ conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili»³¹⁶.

Per questo motivo l'art. 48, secondo comma, si preoccupa di specificare quali siano le «società» che a norma del primo comma della norma sono titolari della libertà di stabilimento stabilendo. Con una formulazione volutamente ampia, esso stabilisce che «per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro»³¹⁷.

Ad oggi non esiste, per quanto consta, alcun precedente giurisprudenziale nel quale la Corte si sia occupata di definire l'ambito di

³¹⁵ Il corsivo è aggiunto.

³¹⁶ La nozione, per vero, va in parte ridimensionata in seguito all'introduzione della possibilità per le società a responsabilità limitata e per le società per azioni di costituzione mediante atto unilaterale di una persona fisica o giuridica. Di conseguenza, il requisito della pluripersonalità andrà escluso per questi tipi di società.

³¹⁷ In argomento v. AA. VV., *Diritto dell'Unione Europea* (nt. 13), pp. 177 ss.; EDWARDS (nt. 10), pp. 338 ss.

applicazione soggettivo dell'art. 48, secondo comma. Tale portata sembra, comunque, poter essere delimitata in via interpretativa nella misura in cui fa riferimento a concetti in buona parte comuni all'esperienza giuridica degli Stati membri³¹⁸.

In primo luogo, deve osservarsi che la nozione fornita dall'art. 48 se interpretata letteralmente («... e le altre persone giuridiche ...») porterebbe ad escludere dal proprio campo di applicazione gli enti che sono privi di personalità giuridica in base all'ordinamento di costituzione. La conseguenza sarebbe che quegli enti collettivi (come per esempio le società di persone italiane o le *partnership* di diritto inglese) i quali, sebbene sprovvisti formalmente di personalità giuridica, sono, tuttavia, dotati di una certa autonomia patrimoniale e di una distinta soggettività giuridica sarebbero esclusi dalla possibilità di esercitare il diritto di stabilimento garantito dal Trattato. Tale esclusione non precluderebbe ovviamente che i singoli soci possano, in quanto persone naturali, invocare la libertà di stabilimento che il Trattato riconosce appunto alle persone fisiche.

Ad avviso di chi scrive la nozione di società in questione, nella misura in cui regola il campo di applicazione di una libertà fondamentale del Trattato deve essere intesa nel senso più ampio di ricomprendere anche gli enti privi di personalità giuridica secondo l'ordinamento di costituzione ma che sono dotati di una certa autonomia patrimoniale (seppure «imperfetta») e di una distinta soggettività sostanziale e processuale. Questa interpretazione sarebbe anche supportata dalla circostanza che la Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società

³¹⁸ V., RAMMELOO, (nt. 10), p. 31, che osserva come «*the expression 'companies or firms' more or less envisaged the companies and firms provided under the law of the – initially – six civil law member states, whilst common law notions were left out of the debate at that time. The equivalents of 'companies and firms' mentioned are therefore by no means to be considered as representative in today's context*».

e delle persone giuridiche, nel dare attuazione all'art. 48 TCE, prevede una formulazione più ampia della nozione di «società» che include oltre ai soggetti indicati dall'art. 48, secondo comma, anche le società comunque dotate della «capacità di essere titolari di diritti e di doveri». Essendo la Convenzione successiva alla stipulazione del Trattato e comunque attuativa del principio della libertà di stabilimento potrebbe rinvenirsi nella stessa una sorta di interpretazione autentica del Trattato.

Con riferimento al diritto italiano nella nozione in esame devono allora ritenersi incluse la società in nome collettivo regolare e la società in accomandita semplice. Mentre potrebbe escludersi l'applicazione dell'art. 48 TCE per la società in nome collettivo irregolare e per le società semplice, essendo tali tipi societari privi di soggettività giuridica autonoma rispetto a quella dei soci.

In secondo luogo, l'art. 48 TCE, secondo comma, si preoccupa di includere nel proprio campo di applicazione anche «le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico». Con tale previsione il legislatore comunitario si è preoccupato di estendere la libertà di stabilimento innanzitutto agli enti pubblici ai quali uno Stato membro abbia conferito personalità giuridica. Con riguardo a tali soggetti deve sottolinearsi che quando operano fuori dall'ordinamento nel quale gli Stati che li hanno costituiti esercitano la loro sovranità tali enti non esercitano un pubblico potere e restano soggetti in tutto e per tutto al diritto privato ponendosi sullo stesso piano degli enti collettivi di diritto privato.

Infine, l'art. 48, secondo comma, esclude dal campo di applicazione della libertà di stabilimento «le società che non si prefiggono scopi di lucro». Da tale nozione devono senz'altro escludersi le società cooperative le quali,

sebbene prive di scopo lucrativo, sono espressamente contemplate dall'art. 48, secondo comma.

Senza volerci addentrare in questa sede nel dibattito relativo alla determinazione del significato dell'espressione «scopo lucrativo» e alla domanda se tale scopo costituisca o meno requisito necessario e indefettibile del fenomeno societario, può dirsi in generale che per scopo lucrativo si intende l'attività di impresa esercitata dalla società al fine di conseguire un utile (lucro oggettivo) destinato ad essere successivamente diviso fra i soci (lucro soggettivo)³¹⁹. Secondo la dottrina più moderna il requisito minimo delle società consiste non già nel perseguimento di uno scopo propriamente lucrativo sibbene nell'operatività con un metodo «economico», ossia diretto quantomeno a compensare i costi con i ricavi e caratterizzato dalla autodestinazione dei risultati dell'attività di impresa ai suoi membri³²⁰.

Dato che l'art. 48, secondo comma, TCE, fa espresso riferimento allo scopo di lucro potrebbe chiedersi se il legislatore comunitario abbia con tale espressione voluto escludere dall'applicazione della libertà di stabilimento delle persone giuridiche tutti gli enti collettivi che non si prefiggono uno scopo di lucro. La risposta al quesito non sembra poter essere univoca. Ad ogni modo un indizio nel senso positivo sembra potersi ricavare dal fatto che il legislatore comunitario nel momento in cui ha voluto estendere dal campo di applicazione della norma enti che istituzionalmente non si prefiggono uno scopo tipicamente lucrativo lo ha fatto prevedendo una esplicita eccezione in tal senso (società cooperative). Non sarà necessario che la società persegua uno scopo propriamente lucrativo ma sarà sufficiente che la stessa operi quantomeno secondo una logica economica (e quindi non

³¹⁹ V., CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, Utet, Torino, 2006, p. 122.

³²⁰ V., CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol II, Utet, Torino, 2000, pp. 22 ss.

meramente distributiva) e che persegua fini egoistici (autodestinazione dei risultati) e non soltanto idealistici.

Ciò premesso sembra potersi dire che ai fini dell'applicazione dell'art. 48, secondo, comma, TCE, ciò che è rilevante non è tanto la qualificazione formale di un determinato fenomeno associativo come «società», che può, infatti, variare da ordinamento a ordinamento, quanto piuttosto il «fine mezzo». Restano, dunque, escluse dal campo di applicazione della libertà di stabilimento le associazioni le quali, sebbene possano essere dotate di personalità giuridica, perseguono per loro natura fini idealistici e non lucrativi.

Per godere della libertà di stabilimento prevista dal Trattato non è sufficiente che un ente rientri nella nozione di «società» prevista dall'art. 48, secondo comma, delle quali si è finora discusso, ma è altresì necessario che vengano soddisfatti gli ulteriori requisiti stabiliti dall'art. 48, primo comma, ossia che la società si sia costituita «conformemente alla legislazione di uno Stato membro» ed abbia «la sede legale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità».

Le ragioni di tale limitazione sembrano essere essenzialmente due. In primo luogo si vuole limitare il beneficio della libertà di stabilimento ed in conseguente accesso privilegiato al mercato unico alle sole società costituite nell'ambito della Comunità Europea e che mantengano un collegamento effettivo con il territorio comunitario dato dalla localizzazione dei suddetti elementi di collegamento all'interno della Comunità. Le società costituite in Paesi terzi, infatti, non sono soggette alle direttive di armonizzazione del diritto societario emanate dal legislatore comunitario le quali costituiscono il presupposto giustificativo del mutuo riconoscimento delle società in base alla *lex incorporationis*. In secondo luogo, l'estensione dei principi sulla libertà

di stabilimento alle società extracomunitarie esulerebbe dal fondamento economico delle libertà comunitarie dato dalla volontà degli Stati contraenti di creare i presupposti per la realizzazione di un mercato unico. E' evidente che tale obiettivo sarebbe estraneo alla rivendicazione del diritto ad operare nel mercato interno in base alla propria legge di costituzione da parte di una società extracomunitaria ma avente per esempio il centro principale dei propri affari all'interno della Comunità.

Per stabilire se una società soddisfi o meno le condizioni richieste dall'art. 48, primo comma, occorrerà fare riferimento alla legge dello Stato membro di costituzione e verificare che la società sia stata validamente costituita secondo la legge di tale Stato. Se una società debba beneficiare dei privilegi comunitari è quindi una questione di diritto interno. A prescindere dalle norme di conflitto nazionali ogni volta che un ordinamento comunitario abbia attribuito soggettività giuridica ad un ente, tutti gli altri Stati membri dovranno riconoscere tale ente come esistente e consentirne lo stabilimento nel proprio territorio.

Quid iuris, invece, nell'ipotesi in cui una società costituita inizialmente in base alla legge di uno Stato membro abbia successivamente trasferito la sede sociale (ma non l'amministrazione centrale o il centro di attività principale) in un Paese extracomunitario cambiando legge applicabile? oppure nell'ipotesi inversa in cui una società inizialmente costituita secondo la legge di uno Stato extra UE abbia successivamente trasferito la propria sede sociale all'interno della Comunità divenendo soggetto alla legge di uno Stato membro?. Ad avviso di chi scrive il requisito della «costituzione» secondo la legge di uno Stato membro non può essere inteso in senso formalistico ma va piuttosto interpretato alla luce della funzione che esso svolge, ossia quella di limitare l'accesso alla libertà di stabilimento alle

società che, essendo regolate dalla legislazione di uno Stato membro, sono soggette alle direttive di armonizzazione societaria. Di conseguenza, sembra più corretto ritenere che «costituzione» in base alla legge di uno Stato membro debba essere inteso nel senso di «soggezione» attuale alla legge di uno Stato membro.

Deve inoltre rilevarsi che la formulazione dell'art. 48 TCE lascia trasparire una volontà del legislatore di non prendere posizione sui criteri internazionalprivatistici nazionali per il riconoscimento della società. Per meglio comprendere questa affermazione occorre ricordare che con riguardo alla determinazione della nazionalità delle società commerciali, a differenza di quanto avviene per le persone fisiche, gli ordinamenti comunitari adottano approcci differenti che, come si è detto ampiamente in precedenza, possono essere in linea di massima essere suddivisi nella dicotomia «teoria della incorporazione/dottrina della sede reale»³²¹. Di fronte al dibattito sulla scelta del criterio di collegamento la disposizione in esame sembra dover, allora, essere interpretata nel senso che l'Unione Europea non abbia voluto compiere alcuna scelta e abbia voluto porre sullo stesso piano i criteri di collegamento adottati dagli Stati membri per lasciare al successivo sviluppo del processo di integrazione comunitaria la risoluzione degli problemi ad essi connessi^{322 323} e alla Corte di Giustizia l'eventuale giudizio sulla

³²¹ V., *supra*, cap. II, § 1.

³²² Era questo lo scopo della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento reciproco delle persone giuridiche che come è noto non è mai entrata in vigore ed è stata ormai abbandonata dagli Stati membri.

³²³ V., BALLARINO (nt. 10), che considera la disposizione di cui all'art. 48, primo comma, TCE, una «norma troppo imprecisa per consentire la ricostruzione di una norma di conflitto». Conforme, anche, BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 576; EBERNOTH, *Neure Entwicklung im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Jur. Zeit.*, 1998, p. 18; GROBFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in *Staudiger Kommentar zum BGB*, Berlin, 1998, n. 16, pp. 4 ss. In senso contrario v., tuttavia, FORSTHOFF, *Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nach dem Centros Urteil des EuGH: eine*

compatibilità delle norme di collegamento nazionali con le libertà comunitarie.

La previsione dei tre criteri di collegamento alternativi risulta di per sé compatibile con entrambe le teorie internazionalistiche prevalenti. Infatti, la disposizione in esame è in grado di includere nel campo di applicazione della libertà di stabilimento sia il caso di una società che abbia la sua sede sociale ma non la sede reale all'interno della Comunità sia il caso inverso di una società che abbia la sede sociale fuori dalla Comunità e la sede reale all'interno del territorio comunitario. Sembra inoltre improbabile che i redattori del Trattato abbiano inteso abbandonare senza alcun riferimento esplicito il criterio di collegamento della teoria della sede reale che era a suo tempo adottato da cinque dei sei Stati firmatari. Questa soluzione fu anche confermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza relativa al caso *Daily Mail* dove la Corte ha rilevato come il legislatore comunitario tenendo conto delle differenze esistenti fra le leggi nazionali abbia inteso porre «sullo stesso piano la sede sociale e l'amministrazione centrale e il centro di attività principale come criteri di collegamento». Quanto detto ovviamente non vuole dire che la teoria della sede reale sia senz'altro compatibile con la libertà di stabilimento comunitaria ma significa semplicemente che una norma di conflitto non è rilevabile direttamente dall'art. 48, primo comma, TCE. Ciò si rileva anche dalla stessa sentenza *Daily Mail* dove la Corte ricorda, a supporto della propria decisione, che l'art. 220 del Trattato aveva demandato la soluzione dei problemi relativi ai conflitti di leggi alla conclusione di apposite Convenzioni fra gli Stati che, tuttavia, non sono mai intervenute.

Bilanz, in *Europarecht*, 2000, pp. 167 ss., secondo cui dietro l'art. 48 si nasconderebbe in realtà una norma di conflitto occulta; MECHELLI, (nt. 10), pp. 83 ss.

6. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento delle società.*

L'interpretazione letterale delle previsioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento suggerisce che una società costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro acquisisca automaticamente per effetto del riconoscimento nello Stato di origine il diritto di localizzare la propria attività ovunque nel territorio dell'Unione Europea, a prescindere dal fatto che l'ordinamento di costituzione segua la teoria della costituzione o quella della sede reale. Ciò che è rilevante è soltanto che la società si sia regolarmente costituita nello Stato di partenza, che quest'ultimo abbia riconosciuto l'esistenza giuridica dell'ente e che la società mantenga uno dei tre criteri di collegamento previsti dall'art. 48, primo comma.

Il TCE, inoltre, sembra porre sullo stesso piano lo stabilimento primario e quello secondario. La conseguenza è che il diritto di stabilimento riconosciuto alle società comunitarie dovrebbe coprire tanto il diritto di stabilire sedi secondarie nel territorio dell'Unione Europea quanto il diritto di delocalizzare l'intera attività della società nel territorio di un altro Stato membro. Questo principio dovrebbe valere a prescindere dal rapporto temporale tra costituzione nello Stato di origine e localizzazione nello Stato di stabilimento e a prescindere dal rapporto quantitativo tra attività esercitate nel Paese di uscita e attività esercitate nel Paese di entrata (*entry* e *exit*).

In altre parole, la formulazione letterale delle disposizioni del Trattato sembrava riconoscere alle società comunitarie una libertà di stabilimento

piena paragonabile a quella già riconosciuta alle persone fisiche dall'art. 43 TCE.

Se questo era quanto sembrava potersi dedurre dalla formulazione letterale della norma, la realtà era assai diversa. Era, infatti, diffusa l'idea da un lato che la realizzazione di una libertà di stabilimento completa fosse condizionata al compimento del processo di armonizzazione comunitaria e in particolare all'entrata in vigore delle Convenzioni previste dall'art. 293 TCE e dall'altro il fatto che il legislatore comunitario non avesse alcuna competenza nel campo del diritto internazionale privato veniva interpretato nel senso che gli Stati restavano pienamente sovrani di introdurre norme di conflitto per impedire o limitare l'accesso di società pseudo-straniere nei propri ordinamenti. Questo orientamento sembrava trovare legittimazione, come si vedrà nel prosieguo, nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, che nella sentenza *Daily Mail* si era espressa a favore della libertà degli Stati membri in materia di diritto internazionale privato societario.

6.1. *Commissione c. Francia*³²⁴.

Nel caso *Commissione c. Francia* la Corte di Giustizia fu per la prima volta chiamata ad interpretare le disposizioni in materia di libertà di stabilimento delle società. Il caso, avviato su iniziativa della Commissione, riguardava la legittimità comunitaria sotto il profilo della violazione della libertà di stabilimento secondaria del c.d. *avoir fiscal*, ossia di un particolare tipo di credito di imposta che la legge francese riconosceva alle sole società di assicurazione costituite in Francia (comprese quelle controllate da società

³²⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 28 gennaio 1986, in causa n. 270/83, *Commissione c. Repubblica francese*.

straniera) e che si rifiutava, invece, di estendere alle succursali e alle agenzie di società appartenenti ad altri Stati membri.

Le accuse della Commissione muovevano dal fatto che la legge francese sull'*avoir fiscal* avrebbe costituito una violazione della libertà di stabilimento garantita dall'art. 43 TCE (art. 52 ai tempi della causa) poiché discriminava le società costituite secondo la legge di un altro Stato membro. In particolare, a giudizio della Commissione le norme francesi: *a)* trattavano diversamente le società francesi (comprese le società figlie di società straniere) rispetto alle agenzie e alle succursali istituite in Francia da società straniere; *b)* il presupposto di tale diverso trattamento era la costituzione della società secondo la legge di un altro Stato membro e la localizzazione della sede sociale fuori dalla Francia e dunque si trattava di un diverso trattamento fondato sulla nazionalità; *c)* tale diverso trattamento era deteriore per la società comunitarie non francesi.

La Corte, dopo aver ricordato che l'art. 48 costituisce una delle disposizioni fondamentali della Comunità Europea ed è direttamente applicabile negli Stati membri, accoglieva il ricorso della Commissione rilevando come il regime dell'*avoir fiscal* limitasse di fatto il diritto di stabilimento secondario riconosciuto dal Trattato poiché rendeva lo stabilimento mediante costituzione di una società figlia di diritto locale (filiale) fiscalmente più vantaggioso rispetto allo stabilimento mediante istituzione di una agenzia o di una succursale³²⁵.

A prescindere dalla portata della sentenza ai fini fiscali, il punto più importante della decisione per quanto riguarda il problema della determinazione dei rapporti tra diritto internazionale privato e diritto

³²⁵ Per un commento critico a questa decisione v., BERLIN, *Jurisprudence fiscale européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, pp. 114 ss.

comunitario, risiede nell'affermazione della Corte secondo cui in materia di società commerciali la sede sociale «serve a determinare al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato». L'affermazione della Corte se interpretata letteralmente porterebbe a legittimare come unico criterio valido per l'attribuzione della nazionalità ai fini del diritto comunitario la teoria della costituzione. Non sembra, tuttavia, essere questa la portata della decisione. In primo luogo, perché, come è stato osservato, «è difficile che la Corte abbia voluto prendere partito su un tema delicato quale quello della disciplina di conflitto delle società commerciali in modo così apodittico senza neppure un accenno di motivazione»³²⁶. In secondo luogo l'affermazione della Corte era strettamente collegata al *thema decidendum*. La legge francese, infatti, ricollegava l'applicazione del diverso trattamento alla localizzazione della sede sociale. La Corte, applicando l'art. 48, primo comma, TCE, ha ribadito che tale elemento di collegamento vale a determinare, al pari degli altri elementi di collegamento previsti dall'art. 48, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato. La Corte quindi non ha inteso sposare il criterio del luogo di costituzione a scapito degli altri previsti dall'art. 48, ma si è limitata a richiamare soltanto tale criterio perché era quello rilevante per il *tema decidendum*.

6.2. Segers³²⁷.

A pochi mesi dalla decisione *Commissione c. Francia* la Corte fu chiamata a pronunciarsi nuovamente sulle disposizioni concernenti la libertà di

³²⁶ Così, BENEDETTELI (*op. ult. cit.*), p. 579.

³²⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 luglio 1986, in causa C-79/85, *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*.

stabilimento delle società nel caso *Segers*³²⁸. I fatti dedotti in causa erano i seguenti. Il Signor Segers, cittadino olandese, decideva di incorporare mediante trasformazione in società a responsabilità limitata un'attività commerciale precedentemente svolta in forma di impresa individuale. Poiché, a suo modo di vedere, la costituzione di una società di diritto olandese richiedeva troppo tempo e poiché egli, comunque, considerava commercialmente più attraente la denominazione «Ltd» (acronimo delle *Private Limited Company by Shares* di diritto inglese) rispetto all'equivalente olandese di «BV», aveva costituito assieme alla moglie una società a responsabilità limitata di diritto inglese (*Slenderose Ltd*) e con sede sociale a Londra della quale egli stesso veniva nominato amministratore. *Slenderose Ltd* rilevava l'impresa individuale del Signor Segers e svolgeva l'attività di impresa esclusivamente in Olanda per il tramite di una succursale pagando le imposte interamente in quel Paese. Dopo qualche anno il Signor Segers chiedeva alle Autorità olandesi la concessione di un beneficio previdenziale che la legge olandese riservava ai lavoratori dipendenti, nella cui nozione rientrava anche il caso di un amministratore di società che possedesse il 50 per cento o più delle azioni della società nella quale svolgeva il proprio incarico di amministratore. La controversia portata innanzi alla Corte nasceva dal rifiuto opposto dalle Autorità olandesi al Signor Segers motivato dal fatto che il suddetto beneficio era riservato soltanto agli amministratori di società olandesi (e aventi la sede sociale in Olanda) senza curarsi del fatto che in realtà la società inglese non aveva altro collegamento con l'economia del Regno Unito se non la forma giuridica.

³²⁸ Per un commento più dettagliato della decisione della Corte v., CATH, *Free Movement of Legal Persons*, in *Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences*, 1993, pp. 450 ss.

La Corte accoglieva il ricorso affermando che gli artt. 43 (*ex* 52) e 48 (*ex* 58) TCE, vanno interpretati nel senso che «essi ostano a che le competenti Autorità di uno Stato membro neghino all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione-malattia per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi di un altro Stato membro nel quale essa ha del pari la sede sociale, *anche se non vi svolge attività commerciale*» (il corsivo è aggiunto).

Nella motivazione la Corte ha qualificato i fatti in causa come esercizio del diritto di stabilimento secondario e ha di conseguenza ritenuto di poter richiamare i principi affermati nella decisione *Commissione c. Francia* secondo cui il diritto di stabilimento include il diritto della società costituite secondo la legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità di svolgere la propria attività in un altro Stato membro per mezzo di una agenzia, di una succursale o di una filiale. Qualora, infatti, prosegue la Corte, a uno Stato membro fosse consentito di prevedere un trattamento differente per una società che cerchi di stabilirsi nel suo territorio soltanto perché la sede sociale di quest'ultima è situata in un altro Stato membro, la libertà di stabilimento garantita dall'art. 48 TCE perderebbe ogni significato.

Il principio più innovativo della decisione in esame sembra potersi ricavare nella circostanza che la Corte ha qualificato il caso *Segers* come un caso riguardante la libertà di stabilimento secondaria, nonostante che la Corte fosse perfettamente consapevole del fatto che *Slenderose Ltd* non svolgeva alcuna attività nel Paese di costituzione ma era stata creata come una vera e propria società pseudo-straniera al fine di operare soltanto nel paese di stabilimento secondario. Si trattava, dunque, sostanzialmente di esercizio della libertà di stabilimento primaria. La Corte, tuttavia, non ha

dato alcun rilievo a questo aspetto e, anticipando in qualche modo la ben più nota decisione nel caso *Centros*, ha sottolineato che l'art. 43 (*ex* 58) TCE, prescrive «unicamente che le società siano costituite secondo le leggi di uno Stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità. Se queste condizioni sono soddisfatte, il fatto che la società svolga la propria attività mediante una agenzia, una succursale o una filiale *solo* (il corsivo è aggiunto) in un altro Stato membro è irrilevante». La Corte supera in sostanza la formulazione letterale dell'art. 43, primo comma, TCE che sembrerebbe subordinare l'esercizio del diritto di stabilimento secondario al previo stabilimento primario effettivo nello Stato di origine. Lo stabilimento principale da cui scaturisce il diritto di stabilimento secondario può essere anche soltanto formale.

La decisione, invece, non ha avuto alcun effetto sul diritto internazionale degli Stati membri e non può esser vista come una adesione implicita alla teoria dell'incorporazione a scapito della teoria della sede reale. Gli Stati interessati, infatti, applicavano entrambi il principio della *lex incorporationis* ragion per cui un problema di conflitto del diritto comunitario con il diritto internazionale privato non si poneva neppure.

6.3. *Daily Mail and General Trust Plc.*³²⁹.

Nel 1988 la Corte tornava a occuparsi dell'interpretazione delle norme sulla libertà di stabilimento delle società. Il caso *Daily Mail* riguardava questa volta il diritto di stabilimento primario ed in particolare il diritto di una società validamente costituita in uno Stato membro di spostare la sede

³²⁹ V., *supra*, nota 16.

amministrativa in un altro Stato comunitario senza perdere la propria personalità giuridica di diritto inglese, per ragioni di carattere fiscale ³³⁰.

Questi i fatti che diedero vita alla controversia: la società holding *Daily Mail and General Trust Plc.*, proprietaria del quotidiano britannico *Daily Mail* intendeva trasferire la propria sede amministrativa in Olanda al fine vendere, dopo aver stabilito anche la propria residenza fiscale in quel Paese, una quota importante dei titoli che costituivano il suo attivo non permanente e di riscattare, grazie al ricavato di tale vendita, parte delle proprie azioni senza dover pagare le imposte cui dette operazioni sarebbero soggette in base alla legislazione fiscale inglese, soprattutto per quel che concerneva le importanti plusvalenze sui titoli che *Daily Mail* si proponeva di vendere.

Secondo la legge inglese, infatti, sono assoggettate alle imposte britanniche sulle società soltanto le società con residenza fiscale nel Regno Unito. La residenza fiscale è individuata nel luogo ove si trova la sede della direzione amministrativa. Poiché tanto la legge inglese quanto quella olandese applicano come criterio di collegamento per il riconoscimento delle società straniere quello della *lex incorporationis* l'operazione sembrava astrattamente possibile. Infatti, secondo la legge inglese una società costituita in Inghilterra avrebbe potuto stabilire la propria sede e l'amministrazione centrale all'estero conservando la personalità giuridica e la nazionalità britannica e la legge olandese non pretendeva nazionalizzare una società costituita all'estero per il solo fatto del trasferimento della sede reale nel proprio Paese.

³³⁰ Per un commento alla sentenza *Daily Mail v. CERIONI*, *The Barriers to the International Mobility of Companies within the European Community: A Re-reading of the Case Law*, in *Journal of Business Law Review*, 1989, pp. 59 ss.; BEHRENS, *Die Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *IPRax*, 1989, pp. 354 ss.

I problemi si ponevano, tuttavia, dal punto di vista fiscale. La legge inglese, infatti, vieta alle società con residenza fiscale nel Regno Unito di trasferirla senza autorizzazione del Tesoro. Tale autorizzazione veniva nel caso di specie subordinata alla vendita di almeno una parte dei titoli prima di trasferire al residenza fiscale fuori dal Regno Unito.

Daily Mail adiva, allora, l'*High Court of Justice* inglese rivendicando il diritto, in base agli artt. 52 e 58 TCE (artt. 43 e 48 nella nuova numerazione), a trasferire la sede della direzione in altro Stato membro senza previa autorizzazione, oppure ad ottenere un'autorizzazione senza condizioni. Il giudice nazionale sospendeva il processo e rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale «se gli artt. 52 e 58 TCE precludano ad uno Stato membro di proibire ad una persona giuridica con direzione e controllo centrali in tale Stato membro di trasferire senza previo consenso o approvazione tale direzione e controllo centrali in un altro Stato membro» ove tale operazione possa avere l'effetto di evitare il pagamento di imposte sui profitti o sugli utili già realizzati, imposte che sarebbero state a suo carico se la società avesse mantenuto la direzione e il controllo centrali in tale Stato membro. La questione non riguardava, dunque, in alcun modo la compatibilità di una norma di collegamento statale con la libertà di stabilimento comunitaria, ma era fondamentalmente relativa ai rapporti tra diritto di stabilimento e l'applicazione di una norma fiscale di uno Stato membro applicabile indipendentemente dai criteri di collegamento³³¹.

La Corte, disattendendo sia l'opinione della Commissione³³² che quella dell'Avvocato Generale Darmon, risolveva la questione in senso negativo e

³³¹ V., BENEDETTELLI (*op. ult. cit.*), p. 583 che osserva come le statuizioni della Corte in materia conflittuale siano da considerare «in buona parte *obiter dicta*».

³³² Si riporta il seguente passaggio della sentenza: «La Commissione sottolinea, innanzitutto, che allo stato attuale del diritto comunitario le condizioni alle quali una società può trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato ove essa è

nelle sue argomentazioni andava decisamente oltre quello che era il *thema decidendum* che, come si è chiarito, era la risoluzione di una controversia essenzialmente di carattere fiscale.

La Corte partiva dalla premessa che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità avente efficacia diretta negli Stati membri e che l'ordinamento comunitario consente alle società costituite in uno Stato membro il diritto di spostare la sede amministrativa in un altro Stato membro. Tuttavia, prosegue la Corte nel suo ragionamento, la legislazione britannica incriminata non vuole negare in alcun modo il diritto di stabilimento di *Daily Mail* nei Paesi Bassi, ma esige semplicemente l'ottenimento di «un'autorizzazione del Tesoro solo quando detta società, pur conservando personalità giuridica e qualità di società di diritto britannico, intenda trasferire la propria sede della direzione fuori dal Regno Unito». Afferma, infatti, la Corte come le società, diversamente dalle persone fisiche, «sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento ... il Trattato ha tenuto conto di tali differenze fra le legislazioni nazionali. Nel definire all'art. 58, le società che possono godere del diritto di stabilimento, esso ha posto sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro di attività principale come criteri di collegamento». Concludeva, allora, la Corte che «la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le società

stata costituita e di quello dello Stato ospitante. Al riguardo, la Commissione constata la diversità delle legislazioni nazionali in materia di diritto delle società. Talune conoscerebbero la nozione di trasferimento della sede della direzione ... secondo altre ... il trasferimento dell'amministrazione o del centro decisionale di una società fuori dal territorio dello Stato membro di costituzione implicherebbe la perdita della personalità giuridica ... la commissione ritiene che, quando lo spostamento della sede della direzione sia ammesso dalla legislazione nazionale, il diritto di trasferire detta sede in un altro Stato membro sia tutelato dall'art. 52 del Trattato».

nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative, legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi».

La sentenza *Daily Mail* è stata criticata da una parte della dottrina che ha considerato contraddittoria la duplice affermazione della Corte che da un lato ribadiva l'efficacia diretta delle norme sulla libertà di stabilimento e dall'altro impediva lo stabilimento di *Daily Mail* nel territorio di un altro Stato membro³³³. Altra dottrina, invece, ha visto nella pronuncia *Daily Mail* una implicita adesione della Corte alla legittimità della *Sitztheorie*³³⁴.

A ben vedere, tuttavia, non bisogna sopravvalutare gli *obiter dicta* «internazionalprivatistici» dalla Corte ma è necessario valutarli nel contesto del *thema decidendum*. In primo luogo, il caso deciso dai giudici del Lussemburgo era fondamentalmente una controversia fiscale e l'operazione la cui legittimità la Corte è stata chiamata a decidere era essenzialmente finalizzata ad avvantaggiarsi di una libertà comunitaria per compiere una elusione fiscale ai danni dello Stato di origine, abusando in sostanza del diritto comunitario. La decisione della Corte, allora, non sorprende. La Corte, infatti, è stata sempre assai cauta nell'intromettersi sul diritto di imposizione fiscale degli Stati membri. E' innegabile che qualora la Corte avesse stabilito il diritto di *Daily Mail* a trasferire la propria sede in Olanda

³³³ V., BEHRENS (nt. 61), p. 355; CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1990, pp. 43 ss.; TRIDIMAS, *The Case-law of the European Court of Justice on Corporate Entities*, in *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 355 ss.

³³⁴ V., *ex multis*, REINDL, *Companies in the European Community: Are the Conflict of Law Rules ready for 1992?* in *Michigan Journal of International Law*, 1990, pp. 1270 ss. Per ulteriori riferimenti v. BENEDETTELLI (*op. ult. cit.*), p. 582.

per realizzare la sua operazione fiscale, si sarebbe creato un pericoloso precedente che avrebbe fatto dell'Olanda una sorta di rifugio fiscale.

In secondo luogo, entrambi gli Stati interessati applicavano la teoria della incorporazione e riconoscevano, quindi, la legittimità dal punto di vista internazionalprivatistico dell'operazione di trasferimento. Di conseguenza la Corte non ha neppure dovuto porsi il problema della compatibilità del diritto internazionale privato con il diritto comunitario. La violazione del diritto inglese nasceva perché *Daily Mail* voleva avvantaggiarsi, al fine di eludere un'imposta nazionale, del fatto che l'ordinamento inglese collegava in modo inscindibile il presupposto di quell'imposta (e quindi una norma fiscale) ad una nozione civilistica (la localizzazione della sede amministrativa). Il diritto internazionale privato non veniva minimamente in considerazione. La violazione consisteva nel fatto che la libertà comunitaria sarebbe stata in concreto utilizzata come un ponte per superare una disposizione fiscale³³⁵.

L'unico principio che può dedursi, allora, da *Daily Mail* è quello che le disposizioni fiscali imperative di uno Stato prevalgono sul diritto di stabilimento quando quest'ultimo venga utilizzato come uno strumento per eludere le stesse, e tale elusione non appaia giustificata alla luce del diritto comunitario (perché per esempio si concretano in un trattamento discriminatorio etc.). La Corte, d'altra parte nella sua giurisprudenza successiva relativa alla «dottrina *Centros*»³³⁶, della quale si dirà tra breve, ha

³³⁵ La Corte ha sempre riconosciuto, sin dalla sentenza relativa al caso *Van Binsbergen*, che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alla possibilità offerte dal Trattato, «taluni suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali e che ... non possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario». V. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 dicembre 1974, in causa 33/74.

³³⁶ Con l'espressione «dottrina *Centros*» si vuol fare riferimento non soltanto alla decisione nel caso *Centros* ma anche alla successiva giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento delle società (*Überseering*, *Inspire Art*, *SEVIC*) dove la Corte ha ribadito, perfezionato e integrato le idee espresse in *Centros*.

sempre confermato che tra i «motivi imperiosi di interesse pubblico» che possono giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento sono da includere «le ragioni del fisco». E' probabile, allora, che se la Corte si ritrovasse oggi a giudicare un caso analogo a *Daily Mail* essa confermerebbe il proprio orientamento e giustificerebbe una legislazione analoga a quella inglese proprio in base alla dottrina delle esigenze imperative.

6.4. Il caso Centros³³⁷.

Il 18 marzo 1992, i coniugi Tony e Marianne Bryde, entrambi cittadini danesi, costituivano secondo la legge inglese una *Private Limited Company* (l'equivalente inglese di una società a responsabilità limitata) denominata *Centros Ltd*. La società veniva costituita con un capitale iniziale di 100 sterline e la sede sociale veniva stabilita presso il domicilio londinese di alcuni amici dei coniugi Bryde. Dopo la registrazione in Inghilterra, *Centros*, pur non avendo mai svolto (e non avendo alcuna intenzione di svolgere) alcuna attività nello Stato di costituzione, chiedeva alle Autorità danesi la registrazione di una sede secondaria in Danimarca al fine di esercitare in questo Stato il complesso delle sue attività. Si trattava a tutti gli effetti di una operazione di esterovestizione societaria motivata dal fatto, ammesso anche in sede di giudizio, che i coniugi Bryde intendevano avvantaggiarsi della libertà di stabilimento delle società riconosciuta dal Trattato per operare in Danimarca per il tramite di una società inglese e sfuggire così all'applicazione delle disposizioni danesi sull'obbligo di sottoscrizione e contestuale liberazione integrale di un capitale sociale minimo (200 mila corone pari a circa 27 mila euro). La legge inglese non richiede, infatti, come

³³⁷ V., *supra*, nota 6.

è noto, che le società a responsabilità limitata siano dotate di un capitale sociale minimo iniziale. Il Registro delle imprese danese rifiutava, tuttavia, l'iscrizione opponendo il manifesto intento fraudolento delle parti. Rilevava, infatti, l'ufficio del Registro che *Centros* «intendeva in realtà costituire in Danimarca non una succursale, bensì una sede principale, eludendo le norme nazionali relative, in particolare, alla liberazione di un capitale sociale minimo»³³⁸.

Nel corso del giudizio instaurato dalla società per contestare la legittimità del diniego opposto, la Corte Suprema danese (*Højesterets Anke- og Koeremålsudvalg*) sottoponeva alla Corte di Giustizia in Lussemburgo un quesito pregiudiziale tendente ad accertare la compatibilità del rigetto dell'istanza presentata da *Centros* con le norme comunitarie in tema di libertà di stabilimento. Alla Corte, in definitiva, veniva chiesto: *a*) di accertare se potesse ritenersi compresa nel diritto di stabilimento secondario, la facoltà della società di svolgere la propria attività commerciale esclusivamente nel Paese di registrazione della succursale; *b*) in caso positivo, quali margini di intervento residuassero in capo allo Stato ospitante per tutelarsi dall'esercizio fraudolento delle libertà riconosciute dal diritto comunitario, nell'ipotesi in cui la scelta della società straniera di istituire una succursale sia volta a sottrarsi a una normativa più rigorosa rispetto a quello vigente nello Stato di origine.

Nel risolvere la prima questione in senso positivo la Corte, confermando la propria decisione nel caso *Segers*³³⁹, affermava che l'art. 48, TCE, va interpretato nel senso che ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento secondario non è necessario che la società svolga in concreto alcuna attività

³³⁸ V., sentenza *Centros* (nt. 6), punto 7.

³³⁹ V., *supra*, § 6.2.

operativa nell'ordinamento di origine, essendo, invece, sufficiente che la stessa sia validamente costituita secondo la legge di tale ordinamento e mantenga la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità. La Corte conferma, dunque, ancora una volta che ai fini del riconoscimento del diritto di stabilimento è necessario far riferimento al dato formale della costituzione secondo la legge di un ordinamento comunitario e non al dato sostanziale del concreto esercizio dell'attività. La Corte qualifica, infatti, *Centros* come un caso riguardante la libertà di stabilimento a titolo secondario nonostante fosse perfettamente consapevole della natura di società pseudo-straniera di *Centros*³⁴⁰.

Riconosciuta la piena legittimità della scelta operata da *Centros* e, per converso, l'incompatibilità del diniego opposto dall'Autorità danese all'apertura della succursale con le norme comunitarie sulla libertà di stabilimento, la Corte ha analizzato criticamente le argomentazioni addotte dal Governo danese a giustificazione del diniego di autorizzazione.

La Corte ha in proposito osservato che «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato»³⁴¹.

³⁴⁰ Alcuni commentatori hanno intravisto in *Centros* un caso di stabilimento primario erroneamente qualificato dalla Corte come stabilimento secondario. V., per esempio, KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*, in ZGR, 1999, pp. 728; BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 254.

³⁴¹ *Centros*. punto 27.

Il governo danese aveva, inoltre, sostenuto che il rifiuto di registrazione della succursale di *Centros*, essendo diretto alla tutela dei creditori della società, potesse trovare fondamento nell'art 56 (ora 46) TCE, ovvero nella giurisprudenza *Cassis de Dijon* della Corte di Giustizia relativa ai motivi imperativi di interesse generale. Rilevava, infatti, l'Autorità danese che secondo la legge danese l'obbligo per le società a responsabilità limitata di costituire e liberare un capitale sociale minimo perseguiva il duplice obiettivo di rafforzare la solidità finanziaria delle società al fine di tutelare i creditori pubblici e privati «contro il rischio di bancarotta fraudolenta dovuta a insolvenza di società il cui capitale iniziale sia insufficiente».

La Corte, dopo aver ammesso la possibilità in astratto per gli Stati membri di adottare misure volte a impedire o sanzionare un uso abusivo o fraudolento da parte dei privati delle situazioni di vantaggio ad essi attribuite dal diritto comunitario, ha tuttavia escluso la giustificabilità nel caso concreto della restrizione alla libertà di stabilimento. La Corte ricorda in proposito che, secondo la sua giurisprudenza, le misure interne aventi per oggetto o per effetto (anche involontario) quello di impedire o scoraggiare l'esercizio del diritto di stabilimento devono superare il *test* delle quattro condizioni di compatibilità con la libertà comunitaria di stabilimento³⁴². Ossia, come si è detto in precedenza, le condizioni di non discriminazione, di giustificazione sulla base di motivi imperativi di interesse pubblico, di idoneità e di proporzionalità. Nel caso di specie la Corte ha escluso che il rifiuto *de qua* potesse soddisfare i requisiti cui la sua giurisprudenza subordina l'ammissibilità delle restrizioni alle libertà fondamentali.

³⁴² Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi *Kraus* (sentenza 31 marzo 1993, in causa C-19/92) e *Gebhard* (sentenza 30 novembre 1995, in causa C-55/94).

«In primo luogo», sotto il profilo della giustificazione, la Corte ha affermato che «la prassi in questione non è nemmeno volta a raggiungere l'obiettivo di tutela dei creditori cui essa si considera preordinata, poiché, se la società interessata avesse svolto un'attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, e in tal caso i creditori pubblici danesi si sarebbero trovati ugualmente in posizione deteriore»³⁴³.

«In secondo luogo», prosegue la Corte, «poiché la società ... si presenta come una società di diritto inglese, e non di diritto danese, i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata, e possono fare riferimento a una normativa comunitaria determinata a loro tutela, quale la quarta direttiva ... in materia di conti annuali di alcuni tipi di società e l'undicesima direttiva ... relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato»³⁴⁴.

La Corte ha in pratica riconosciuto che gli obblighi di pubblicità svolgono, ai fini della tutela dei creditori, una funzione sostanzialmente equivalente a quella delle regole imperative. Infine, e questa volta sotto il profilo della proporzionalità, la Corte rileva come, «contrariamente a quanto esposto dalle autorità danesi, è possibile adottare misure meno severe o meno restrittive di libertà fondamentali, che diano ad esempio la possibilità legale ai creditori pubblici di costituire le garanzie necessarie»³⁴⁵.

6.5. Il caso *Holto*³⁴⁶.

³⁴³ *Centros*. Punto 35.

³⁴⁴ *Centros*. punto 36.

³⁴⁵ *Centros*. punto 37.

³⁴⁶ V., ordinanza 22 gennaio 2002 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in causa C-44/00.

Purtroppo la Corte non ha voluto pronunciarsi su una interessante domanda di interpretazione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Salisburgo nell'ambito di una domanda di iscrizione nel registro delle imprese austriaco da parte di una società inglese, la *Holto Ltd.*, diretta ad ottenere l'iscrizione di una succursale in Austria. Come chiarito dal Tribunale del rinvio, si trattava di un altro caso di esterovestizione societaria. *Holto* era inattiva nel Regno Unito ed esercitava la propria attività interamente in Austria. Di conseguenza essa era stata registrata ai fini fiscali soltanto in Austria e non nel Regno Unito, in quanto soggetta a tassazione soltanto nello Stato in cui svolgeva la propria attività commerciale. Considerate le circostanze, il Tribunale di Salisburgo chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se l'iscrizione richiesta rientrasse nella libertà di stabilimento secondario o in quella di stabilimento primario, e in quest'ultimo caso se le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento ostassero a una normativa nazionale secondo la quale, in applicazione della teoria della sede reale, la capacità giuridica della società va valutata in base al diritto dello Stato nel quale questa ha la sede effettiva della propria amministrazione, in modo che il riconoscimento della capacità giuridica di una società costituita conformemente al diritto di detto Stato venga subordinato a determinati requisiti in uno Stato membro diversi da quello in cui essa gode di tale capacità.

I quesiti avrebbero costretto la Corte ad oltrepassare i confini interpretativi della sentenza *Centros*. Rilevava, infatti, il Tribunale del rinvio che nella sentenza *Centros* la Corte non si era pronunciata affatto sull'applicabilità della teoria della sede reale concernendo la controversia due Stati che applicavano entrambi la teoria della costituzione.

Come si è anticipato, la Corte si è dichiarata incompetente ai sensi dell'art. 234, TCE, poiché il Tribunale di Salisburgo agiva nell'esercizio di una funzione non giurisdizionale e non era quindi legittimato a proporre, in quella fase del procedimento per la registrazione della società, il quesito interpretativo.

6.6. *Überseering BV*³⁴⁷.

Dopo *Centros*, la Corte tornò a pronunciarsi sulla interpretazione delle disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento nel 2002. La controversia concerneva la compatibilità comunitaria delle norme dell'ordinamento tedesco che impedivano ad una società validamente costituita in uno Stato membro (quello olandese) di far valere i propri diritti innanzi ai propri giudici per aver trasferito la sede effettiva della società senza procedere a ricostituzione in Germania secondo quanto consegue dall'applicazione della *Sitztheorie*. Questa volta era, dunque, in gioco il diritto di stabilimento primario. I fatti della causa erano i seguenti: *Überseering BV*, società di diritto olandese iscritta nel registro delle imprese di Amsterdam, aveva acquisito nell'ottobre del 1990 una commessa a Düsseldorf in Germania e successivamente aveva ceduto in appalto alla *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (d'ora in poi «NCC»), società con sede in Germania, l'esecuzione di alcune opere di ristrutturazione. Nel dicembre 1994 due cittadini tedeschi avevano acquistato l'intero capitale sociale della *Überseering*. Due anni più tardi, *Überseering*, dopo aver rilevato l'esistenza di vizi nell'esecuzione dei lavori che venivano infruttuosamente contestati a NCC, citava quest'ultima società

³⁴⁷ V., *supra*, nota 7.

in giudizio davanti al *Landgericht* di Düsseldorf chiedendo il pagamento di una somma pari a oltre un milione di marchi a titolo di risarcimento per i danni subiti. Il *Landgericht* dichiarava la domanda di *Überseering* irricevibile, decisione che veniva confermata dall'*Obelrandesgericht*. I giudici aditi ritenevano che la *Überseering*, costituita nei Paesi Bassi, a seguito della sottoscrizione dell'intero capitale sociale da parte di cittadini tedeschi, avesse di fatto trasferito il suo reale centro decisionale (e dunque la propria sede effettiva) in Germania e doveva per questo motivo essere assoggettata alla legge tedesca. Tuttavia, non essendosi ricostituita in Germania essa aveva perduto la propria capacità giuridica e di conseguenza non poteva stare in quel Paese. Il codice di procedura civile tedesco riserva, infatti, la capacità processuale alle società che hanno la capacità giuridica, definita come la capacità di essere titolare di diritti e di obblighi. E, secondo una costante giurisprudenza approvata dalla dottrina dominante, la capacità giuridica di una società viene valutata in base alla legge del luogo in cui si trova la sede effettiva della società (*Sitztheorie*)³⁴⁸. Di conseguenza, dovendo la capacità giuridica di *Überseering* essere valutata in base al diritto tedesco, essa non può essere né titolare di diritti e di obblighi né parte in un procedimento giudiziario, a meno che non venga ricostituita in Germania in modo da acquistare la capacità giuridica in relazione al diritto tedesco³⁴⁹. Nella sostanza l'ordinamento giuridico tedesco, allo scopo di evitare l'elusione del diritto societario tedesco attraverso la costituzione di società all'estero (ove, presumibilmente, la normativa sia più favorevole) ed il successivo trasferimento della sede effettiva in Germania permette di stare

³⁴⁸ Il diritto internazionale privato tedesco, infatti, non contiene una norma espressa relativa alle società commerciali.

³⁴⁹ Risulta dagli atti del procedimento che la Germania aveva, invece, riconosciuto a *Überseering* la legittimazione passiva, avendo il *Landgericht* di Düsseldorf condannato la stessa al pagamento di alcuni onorari a professionisti tedeschi in relazione all'attività svolta da *Überseering* in Germania.

in giudizio solo alle società costituite o ricostituite in Germania. Gli interessi che il diritto tedesco si propone di tutelare attraverso tale rigida disciplina internazionalprivatistica sono quelli dei creditori³⁵⁰, degli azionisti di minoranza³⁵¹ e dei lavoratori³⁵². La *Überseering* presentava, allora, ricorso per Cassazione contro la sentenza dell'*Obelrandesgericht* dinanzi al *Bundesgerichtshof*, il quale sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se gli artt. 43 e 48 TCE debbano essere interpretati nel senso che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale di una società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato membro dove la detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato comporta che la società di cui trattasi non può far valere in giudizio in tale Stato i propri diritti *ex contractu*.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se la libertà di stabilimento delle società implichi che la capacità giuridica e la capacità processuale debbano essere valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società è stata costituita»³⁵³.

La motivazione della Corte si articola in tre parti. La prima parte si occupa dell'applicabilità delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento alla fattispecie sottoposta al giudizio della Corte. I dubbi sorgevano principalmente dalla circostanza, rilevata anche dal Governo

³⁵⁰ Interessi che il diritto tedesco intende tutelare mediante norme dettagliate in materia di formazione e conservazione del capitale sociale.

³⁵¹ Al riguardo vengono in considerazione, per il caso di collegamenti tra imprese, le norme sui gruppi

³⁵² Le norme sulla cogestione assicurano, infatti, la rappresentanza dei lavoratori nei consigli di amministrazione delle società di maggiori dimensioni.

³⁵³ *Überseering*, punto 21.

tedesco, che la Corte nella sentenza *Daily Mail* aveva ritenuto la diversità delle legislazioni degli Stati membri sul criterio di collegamento in materia di società «un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative, legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi». La Corte afferma al riguardo che «allorché una società, validamente costituita in un primo Stato membro dove ha la sua sede sociale, è considerata, in forza del diritto di un secondo Stato membro, come se avesse trasferito la sua sede effettiva in tale Stato in seguito alla cessione di tutte le sue quote sociali a cittadini di detto Stato che vi risiedono, le norme che il secondo Stato applica a questa società non sfuggono ... al campo di applicazione delle disposizioni comunitarie relative alla libertà di stabilimento»³⁵⁴. Questa affermazione sembra dover essere interpretata nel senso che le società commerciali, una volta soddisfatte le condizioni di cui all'art. 48 TCE (costituzione secondo il diritto di uno Stato membro e localizzazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale all'interno della Comunità), godono automaticamente del diritto di stabilimento in tutto il territorio comunitario e che tale diritto non può essere limitato né da norme materiali né tanto meno da norme di collegamento dello Stato di stabilimento. La Corte esclude, inoltre, rigettando l'argomento invocato dai Governi tedesco, spagnolo e italiano, che l'art. 293 TCE possa in alcun modo ostacolare l'efficacia diretta e la diretta applicabilità degli artt. 43 e 48 TCE. A giudizio della Corte, infatti, l'art. 293 costituisce non già un obbligo a contrarre sibbene un semplice invito agli Stati membri ad avviare i negoziati di cui parla la norma. Invito, tra l'altro, che vale soltanto «per quanto occorra»³⁵⁵,

³⁵⁴ *Überseering*, punto 52.

³⁵⁵ *Überseering*, punto 54.

ossia nell'ipotesi in cui le disposizioni del Trattato non consentano di realizzare gli obiettivi dello stesso. Questo non è il caso dell'art. 48 il quale, nella misura in cui pone espressamente le società che rispettino le condizioni da essa indicate nella stessa situazione dei cittadini comunitari quanto a diritto di invocare la libertà di stabilimento, è suscettibile di applicazione diretta.

La sentenza passa successivamente a valutare se nel caso concreto il mancato riconoscimento da parte della Germania della capacità processuale ad *Überseering* costituisca o meno una restrizione alla libertà di stabilimento. La questione viene risolta in senso positivo e la Corte stabilisce il diritto di *Überseering* a invocare la libertà di stabilimento primario garantita dal Trattato e a godere pienamente della capacità giuridica e processuale in Germania. La Corte in particolare (ed è questa l'innovazione più importante rispetto a *Centros*) stabilisce il diritto di *Überseering*, in quanto società regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, ad esercitare il suo diritto di stabilimento in Germania come società di diritto olandese, e dunque secondo la propria *lex incorporationis*, disapplicando in nome della libertà di stabilimento una norma di conflitto tedesca. Afferma, infatti, la Corte che una società, ai fini del diritto comunitario, esiste «solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento» senza che al riguardo possa assumere rilievo la circostanza che «successivamente alla costituzione di questa società, la totalità del suo capitale sia stata acquisita da cittadini tedeschi residenti in Germania in quanto tale circostanza non sembra averle fatto perdere la personalità giuridica di cui essa gode nei Paesi Bassi»³⁵⁶. Dunque, mentre in *Centros*, non veniva in discussione espressamente una norma di collegamento ma

³⁵⁶ *Überseering*, punto 80.

semplicemente una norma sul trattamento dello straniero, in *Überseering* la Corte si trovava a valutare espressamente la legittimità comunitaria di una norma di diritto internazionale privato sul riconoscimento. Al riguardo, va sottolineato che la Corte ha sempre rispettato almeno formalmente la competenza esclusiva degli Stati membri in tema di diritto internazionale privato. Per questo motivo la Corte nelle sue decisioni si pone sempre dal punto di vista del diritto comunitario, e in particolare degli effetti che una determinata legislazione nazionale può avere sui principi del Trattato, e mai dal punto di vista della legittimità intrinseca di una norma nazionale.

Inoltre, con la sentenza *Überseering*, ed è questa un altro passo avanti compiuto dalla Corte, si toglie adito ad ogni dubbio circa l'irrilevanza della qualificazione dello stabilimento come primario o come secondario ai fini del diritto di invocare la libertà di stabilimento. In primo luogo sembra affermarsi che la libertà di stabilimento primaria ha la stessa ampiezza della libertà di stabilimento secondaria. In secondo luogo, si afferma che ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento ciò che occorre verificare è semplicemente il dato formale della realizzazione dei presupposti dai quali il diritto comunitario fa scaturire i benefici comunitari e non, invece, il dato sostanziale del luogo di svolgimento dell'attività in concreto.

L'ultima parte della motivazione è dedicata alla eventuale giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento in base alla dottrina delle esigenze imperative invocata in via subordinata dal Governo tedesco. Quest'ultimo faceva notare, in particolare, il carattere a suo avviso non discriminatorio della restrizione che «risulterebbe dal fatto che le norme derivanti dalla teoria della sede si applicano non solo a qualsiasi società estera che si stabilisce in Germania trasferendovi la sede effettiva, ma anche alle società di diritto tedesco che trasferiscono la sede effettiva al di fuori

della Germania»³⁵⁷. La Corte sul punto è molto breve. Dopo aver rilevato come non si possa «escludere che ragioni imperative di interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o ... del fisco possano, in talune circostanza, e rispettando talune condizioni, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento»³⁵⁸, si rifiuta di applicare tali eccezioni al caso concreto e afferma che questi obiettivi non possono in alcun modo «giustificare il fatto che venga negata la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale ad una società regolarmente costituita in un altro Stato membro dove ha la sede sociale» poiché una tale misura equivarrebbe «alla negazione stessa della libertà di stabilimento»³⁵⁹.

L'innovazione di questa affermazione sta nel fatto che la Corte individua per la prima volta, sebbene in via soltanto esemplificativa, gli interessi la cui necessità di tutela può in astratto giustificare una restrizione del diritto di stabilimento.

6.7. *Inspire Art*³⁶⁰.

Nel caso *Inspire Art* la Corte torna ad occuparsi dell'interpretazione delle disposizioni del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento secondario. I fatti dai quali scaturisce la controversia sono i seguenti. Il 28 luglio del 2000 un cittadino olandese residente all'Hague aveva costituito nel Regno Unito la società *Inspire Art Ltd*, con sede legale a Flokestone (Regno Unito), della quale egli stesso era nominato amministratore unico. La società

³⁵⁷ *Überseering*, punto 84.

³⁵⁸ E sempre a condizione che superino il *four factors test* (non discriminatorietà, presenza di una giustificazione di interesse generale, idoneità a garantire il raggiungimento dell'obiettivo stabilito e proporzionalità). V., anche, quanto detto a proposito di tali requisiti in relazione al caso *Centros*.

³⁵⁹ *Überseering*, punti 92 e 93.

³⁶⁰ V., *supra*, nota 8.

aveva ad oggetto sociale l'attività di commercio in oggetti d'arte, che svolgeva interamente in Olanda attraverso un *branch* registrato nel Registro delle imprese presso la Camera di Commercio di Amsterdam. Mentre essa non esercitava alcuna attività nel Regno Unito.

Si trattava, dunque, ancora una volta di una società pseudo-straniera costituita nel Regno Unito al fine di evitare l'applicazione delle disposizioni della legge olandese sul capitale sociale minimo avvantaggiandosi del fatto che la legge olandese, applicando la teoria della costituzione, consentiva in linea di principio la legittimità di tali operazioni³⁶¹.

Tuttavia, del fatto che si trattasse di una società formalmente straniera non era stata fatta alcuna menzione in sede di iscrizione del *branch* olandese, così come richiesto dall'art. 1 della *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen/Pro Forma Foreign Companies Act* (WFBV), del 17 febbraio 1999, che imponeva vari obblighi in capo a questo tipo di società relativi all'indicazione aggiuntiva della qualità di società formalmente straniera sia in sede di registrazione della sede secondaria che sugli atti e sulla corrispondenza della società, all'obbligo di liberazione di un capitale sociale minimo non inferiore a quello previsto dalla legge olandese³⁶² e alla responsabilità personale e solidale degli amministratori per il caso di mancato adempimento di tali obblighi. Per assicurare il rispetto della legislazione in questione l'art. 2 della WFBV faceva obbligo agli amministratori di attestare, al momento della richiesta di iscrizione nel registro delle imprese, la corrispondenza della società alla definizione di cui all'art. 1. Ai sensi dell'art. 4, era fatto poi obbligo agli amministratori di

³⁶¹ Sulla disciplina di diritto internazionale privato olandese v., RAMMELOO (nt. 10), pp. 97 ss.

³⁶² Che è fissato in diciotto mila euro dall'art. 2:128 del *Burgelijk Wetboek* (codice civile olandese). L'art. 4 della WFBV stabilisce, inoltre, l'obbligo che il patrimonio netto sia almeno pari a tale capitale minimo.

depositare, congiuntamente alla dichiarazione della quale si è appena detto, una copia della dichiarazione di un *Registeraccountant* o *Accountant-administratieconsulent* (due diverse figure di revisori contabili) attestante il rispetto dei requisiti relativi alla liberazione del capitale sociale minimo da parte della società.

Il 30 ottobre 2000, e quindi pochi mesi dopo la costituzione, la camera di commercio di Amsterdam, ritenendo che *Inspire Art* fosse una società formalmente straniera ai sensi della WFBV, chiedeva al *Kantongerecht* di Amsterdam di ordinare il completamento dell'iscrizione nel registro di commercio di *Inspire Art* con la menzione di «società formalmente straniera», il che avrebbe fatto scaturire gli altri obblighi previsti dalla legge olandese e dei quali si è detto prima.

Il *Kantongerecht* di Amsterdam dichiarava che *Inspire Art* era una società formalmente straniera ai sensi della WFBV, e su richiesta di quest'ultima che sosteneva la contrarietà delle disposizioni della legge olandese alla libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato, sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte del Lussemburgo le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se gli artt. 43 e 48 TCE debbono essere interpretati nel senso che ai Paesi Bassi è fatto divieto di assoggettare, attraverso la *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen* del 17 dicembre 1997, ad ulteriori condizioni, come quelle previste dagli artt. 2-5 della detta legge, lo stabilimento a titolo secondario nei Paesi Bassi di una società costituita nel Regno Unito, al solo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi rispetto alle imprese costituite conformemente al diritto olandese (il quale contiene condizioni più rigorose di quelle del diritto del Regno Unito in tema di costituzione della società e di versamento delle azioni), allorché la legge olandese desuma il detto scopo

dalla circostanza che la società esercita la sua attività del tutto, o quasi del tutto, nei Paesi Bassi senza peraltro avere alcun legame effettivo con lo Stato conformemente al cui diritto essa è stata costituita

2) Se – nell'ipotesi in cui dall'interpretazione di tali articoli dovesse risultare l'incompatibilità con essi delle disposizioni della *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen* – l'art. 46 TCE debba essere interpretato nel senso che le disposizioni degli artt. 43 e 48 TCE lasciano impregiudicata l'applicabilità della normativa olandese contenuta nella *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*, in quanto le sue disposizioni risultano giustificate dai motivi richiamati dal legislatore olandese»³⁶³, e dunque alla luce della dottrina delle esigenze imperative.

La questione sottoposta ai giudici del Lussemburgo è in parte simile a quella già esaminata dalla Corte nel caso *Centros*, con la differenza però (non da poco) che la legge olandese, a differenza di quella danese, non rifiutava l'iscrizione e il conseguente riconoscimento di *Inspire Art* (il cui *branch*, infatti, era già stato iscritto nel registro delle imprese), ma intendeva soltanto applicare una disciplina meno favorevole in considerazione della sua natura di società pseudo-straniera

. Il Governo olandese giustificava l'introduzione della propria normativa nazionale sulle società formalmente straniere con il fine di proteggere gli interessi dei creditori sociali e dei consumatori³⁶⁴. Veniva osservato al riguardo che la circostanza che il diritto olandese applicava la teoria dell'incorporazione aveva provocato l'effetto che «sempre più spesso società che esercitavano principalmente, o anche esclusivamente, la loro

³⁶³ *Inspire Art*, punto 39.

³⁶⁴ *Inspire Art*, punto 81.

attività sul mercato olandese verrebbero costituite all'estero per sottrarsi agli obblighi imperativi del diritto societario olandese»³⁶⁵.

I Governi olandese, tedesco e austriaco, inoltre, nell'intento di difendere la legittimità comunitaria della legge olandese si appellavano alla sentenza *Daily Mail*, secondo la quale, a detta loro, in mancanza di armonizzazione comunitaria gli Stati membri sarebbero riamasti liberi di «individuare il diritto applicabile ad una società»³⁶⁶.

La risposta della Corte si articola in due parti. La prima relativa alla configurabilità di una restrizione alla libertà di stabilimento, e la seconda sulla giustificabilità in concreto di tale restrizione alla luce della dottrina delle esigenze imperative.

Nella prima parte la Corte esamina separatamente i requisiti imposti alle succursali di società straniere dalla legislazione olandese, e segnatamente l'obbligo di indicazione della natura di società formalmente straniera e gli altri obblighi pubblicitari, l'obbligo di liberazione di un capitale sociale pari a quello minimo previsto dal diritto olandese e la responsabilità illimitata e solidale degli amministratori per il caso di mancato adempimento dei prescritti obblighi.

Sotto il primo profilo la Corte rilevava come gran parte delle previsioni della legge olandese incriminata in materia di obblighi pubblicitari ricadessero nell'ambito di applicazione dell'undicesima direttiva in materia di diritto societario avente ad oggetto la pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato membro («undicesima direttiva»)³⁶⁷. Era necessario, dunque, verificare la compatibilità degli obblighi previsti dalla WFBV con

³⁶⁵ *Inspire Art*, punto 79.

³⁶⁶ *Inspire Art*, punto 102.

³⁶⁷ V., *supra*, nota 48.

l'elenco contenuto nell'undicesima direttiva e, qualora fosse risultato che quest'ultima avesse introdotto obblighi a carico delle succursali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva, verificare la legittimità comunitaria di tali obblighi ulteriori.

Al riguardo emergeva che mentre alcuni obblighi previsti dalla WFBV costituivano proprio il risultato del recepimento nel diritto olandese dell'undicesima direttiva, altri andavano decisamente oltre le prescrizioni obbligatorie o facoltative che potevano essere introdotte dagli Stati membri in fase di attuazione della direttiva³⁶⁸.

In particolare, nell'elenco contenuto nell'art. 2 dell'undicesima direttiva non figurava l'obbligo di indicazione in sede di registrazione della sede secondaria di «società formalmente straniera». Poiché a giudizio della Corte l'armonizzazione compiuta dal legislatore comunitario in materia di obblighi di pubblicità doveva considerarsi esaustiva³⁶⁹, essa concludeva che gli obblighi di pubblicità ulteriori previsti dalla WFBV dovevano ritenersi contrari all'art. 2 dell'undicesima direttiva.

La sentenza passa poi ad esaminare gli altri obblighi previsti dalla legge olandese ed aventi come presupposto di applicazione la qualificazione della società come «società formalmente straniera». L'art. 1 WFBV considera «formalmente straniere» quelle società di capitali aventi personalità giuridica, costituite conformemente ad un diritto diverso da quello olandese ma svolgenti la loro attività «del tutto o quasi del tutto nei Paesi Bassi senza

³⁶⁸ Sull'undicesima direttiva v. ENRIQUES (nt. 35), pp. ____ ss.; BENEDETTELLI, *Le direttive comunitarie sulla pubblicità delle «succursali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, pp. 855 ss.; DONNINI, *Pubblicità delle succursali stabilite in uno Stato membro*, in *Soc.*, 1990, pp. 585 ss.

³⁶⁹ La Corte sul punto sembra fondare il proprio argomento sulla circostanza che il quarto e il quinto «considerando» dell'undicesima direttiva fanno esplicitamente riferimento alla necessità di rimuovere le disparità esistenti tra gli Stati membri con riguardo agli obblighi di pubblicità, in considerazione dell'idoneità di tali disparità a pregiudicare l'esercizio della libertà di stabilimento.

avere alcun legame effettivo con lo Stato in cui vige il diritto conformemente al quale» queste società sono state costituite.

La Corte al riguardo richiama la propria giurisprudenza nei precedenti *Segers* e *Centros* e ribadisce ancora una volta l'irrelevanza, ai fini dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento, del fatto «che una società sia costituita in uno Stato membro al solo scopo di stabilirsi in un secondo Stato membro» nel quale svolge interamente o quasi interamente la propria attività³⁷⁰. Ciò anche nel caso in cui l'esterovestizione sia dettata unicamente dalla volontà di fruire di una legislazione ritenuta più vantaggiosa. Tale circostanza, infatti, non implica di per sé un abuso del diritto comunitario³⁷¹. In applicazione di questi principi la circostanza che *Inspire Art* fosse stata costituita in Inghilterra per sfuggire alla normativa olandese sul capitale sociale non escludeva che l'apertura di una succursale da parte della stessa nei Paesi Bassi potesse beneficiare della libertà di stabilimento prevista dal Trattato.

Ciò premesso, la Corte osserva che la disciplina più sfavorevole prevista dal diritto olandese sugli obblighi di liberazione di un capitale sociale minimo e sulla responsabilità degli amministratori nei confronti delle società pseudo-straniere aveva come effetto quello di impedire l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dagli artt. 43 e 48 TCE. Di conseguenza e in risposta alla prima domanda pregiudiziale la Corte concludeva per il contrasto degli obblighi imposti dalla WFBV alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro con la libertà comunitaria di stabilimento.

³⁷⁰ *Inspire Art*, punto 95.

³⁷¹ *Inspire Art*, punto 96.

Da ultimo la Corte affronta gli argomenti difensivi tratti dalla sentenza *Daily Mail* che, a detta dell'Olanda, avrebbe implicato la libertà degli Stati membri di determinare la legge applicabile ad una società.

Il richiamo alla giurisprudenza *Daily Mail* questa volta era evidentemente fuori luogo e la Corte non ha mancato di sottolinearlo ribadendo come, diversamente dai fatti relativi alla causa sottoposti al suo esame, quest'ultima riguardasse «i rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa essa era stata costituita, nel caso in cui la società intenda trasferire la sua sede effettiva in un altro Stato membro conservando la personalità giuridica di cui gode nel suo Stato di costituzione». *Inspire Art*, dunque, a differenza di *Daily Mail* riguardava un caso di immigrazione e non un caso di emigrazione.

Sebbene la differenza tra *Daily Mail* e *Inspire Art* appaia innegabile deve comunque rilevarsi che la Corte ha preferito ancora una volta evitare di chiarire in via definitiva la portata effettiva dei principi affermati in *Daily Mail* delimitandone esattamente il loro campo di applicazione rispetto alla sua giurisprudenza successiva che a molti commentatori era parsa incompatibile con prima.

Nella seconda parte della sentenza la Corte analizza l'eventuale sussistenza di giustificazioni alle restrizioni poste dalla legge olandese.

Secondo i Governi olandese, tedesco e austriaco, infatti, le disposizioni della WFBV sarebbero giustificate sia alla luce dell'art. 46 TCE sia dai motivi imperativi di interesse generale al fine di perseguire interessi quali «la repressione delle frodi, la tutela dei creditori, la garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà dei rapporti commerciali»³⁷².

³⁷² *Inspire Art*, punto 109.

Innanzitutto la Corte esclude, senza in realtà alcuna motivazione, che gli argomenti proposti dai Governi intervenuti possano trovare fondamento nell'art. 46 TCE. L'affermazione sembra comunque coerente con la giurisprudenza costante della Corte che ha sempre escluso l'invocabilità dell'art. 46 per ragioni di carattere economico³⁷³.

In secondo luogo la Corte passa ad esaminare la giustificabilità delle previsioni della WFBV in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori in base alla dottrina delle esigenze imperative. Al riguardo la Corte ricorda che secondo la propria giurisprudenza nel caso *Centros*, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono, per essere giustificati, superare il più volte richiamato *four factors test*, e quindi devono «applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»³⁷⁴. Avendo riguardo agli argomenti forniti dai Governi intervenenti la Corte passa quindi ad esaminare se quelle condizioni fossero soddisfatte nel caso concreto.

Per quanto riguarda la tutela dei creditori la Corte, senza entrare nel merito della questione se e in che misura il capitale sociale possa considerarsi uno strumento di protezione dei creditori, rigetta l'argomento che l'imposizione di un capitale sociale minimo sarebbe giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico. Rilevano, infatti, i giudici del Lussemburgo che, poiché *Inspire Art* «si presenta come una società di diritto inglese e non come una società olandese, i suoi potenziali creditori sono

³⁷³ V., *supra*, § 3.

³⁷⁴ *Inspire Art*, punto 133.

sufficientemente informati del fatto che essa è soggetta ad una legislazione diversa da quella che disciplina nei Paesi Bassi la costituzione delle società a responsabilità limitata e, segnatamente, le disposizioni in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori»³⁷⁵.

In relazione all'argomento del presunto abuso della libertà di stabilimento da parte di *Inspire Art*, che sarebbe consistito nell'intenzione di evitare l'applicazione della più rigida legislazione olandese, la Corte riafferma innanzitutto quanto già detto in *Centros*, ossia che «uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte a impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle loro leggi nazionali, e che gli Stati interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»³⁷⁶. Ciò nondimeno, la Corte non ritiene di poter individuare un tale abuso nella fattispecie sottoposta al suo esame. Infatti, sebbene *Inspire Art* sia stata costituita nel Regno Unito al fine di evitare l'applicazione del diritto olandese, il fatto di costituire una società nell'ordinamento le cui regole siano ritenute più favorevoli e di stabilire immediatamente dopo una sede secondaria in un altro Stato membro nel quale l'attività sarà interamente esercitata rientra tra i privilegi offerti dalla libertà di stabilimento all'interno del mercato unico. In altre parole, la Corte non prende in considerazione i motivi per il quale una società sia stata costituita in un ordinamento piuttosto che in un altro. Tali ragioni sono, infatti, irrilevanti (salvo il caso di abuso) ai fini dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento.

Infine, con riferimento all'eventuale giustificazione della WFBV in virtù della lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali,

³⁷⁵ *Inspire Art*, punto 135.

³⁷⁶ *Inspire Art*, punto 136.

la Corte rilevava che né la camera di commercio né il governo olandese avessero in realtà fornito elementi idonei a dimostrare che le misure previste dalla legislazione olandese rispettassero i criteri di «efficacia, proporzionalità e non discriminazione»³⁷⁷.

La Corte riconosceva, dunque, che nella misura in cui le disposizioni sul capitale minimo fossero incompatibili con la libertà di stabilimento, «lo stesso doveva necessariamente valere per le sanzioni conseguenti all'inosservanza di quei obblighi, ossia per responsabilità personale e solidale degli amministratori quando il capitale non raggiunge l'importo minimo previsto dalla normativa nazionale».

Di conseguenza la Corte rispondeva alla seconda questione nel senso «che né l'art. 46 TCE, né la tutela dei creditori, né la repressione dell'abuso della libertà di stabilimento, né la tutela della lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali permettono di giustificare l'ostacolo alla libertà di stabilimento, garantita dal Trattato, rappresentato dalle disposizioni di una legislazione nazionale, come quella in esame, sul capitale minimo e sulla responsabilità personale e solidale degli amministratori».

6.8. *SEVIC* ³⁷⁸.

L'ultima sentenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento delle società della quale occorre dar conto è quella del 2005 relativa al caso *SEVIC*. Con questa storica decisione la Corte ha legittimato, ponendo fine ad un contrasto durato quasi trentacinque anni³⁷⁹, le fusioni tra società aventi sede in Stati membri diversi.

³⁷⁷ *Inspire Art*, punto 140.

³⁷⁸ V., *supra*, nota 9.

³⁷⁹ V., *FROST*, (nt. 10), p. 384.

SEVIC Systems AG (di seguito, *SEVIC*), società di diritto tedesco con sede statutaria e amministrativa in Germania, e la *Security Vision Concept S.A.* (di seguito, *SVC*), società di diritto lussemburghese con sede statutaria e amministrativa in Lussemburgo, avevano stipulato nel 2002 un contratto di fusione con il quale si conveniva lo scioglimento senza liquidazione di *SVC* e il trasferimento universale del patrimonio di quest'ultima a *SEVIC*. Dopo la stipulazione dell'atto di fusione *SEVIC* chiedeva l'iscrizione di tale atto nel registro delle imprese di Neuwied (Germania). Il Tribunale di Neuwied respingeva, tuttavia, la domanda motivando che in base al § 1 (1) della legge tedesca sulle operazioni straordinarie del 1994 (*Umwandlungsgesetz*: di seguito, *UmwG*), le fusioni sono consentite alle sole società aventi sede statutaria in Germania, con esclusione quindi delle fusioni transfrontaliere³⁸⁰.

Di conseguenza l'incorporazione di una società straniera, ancorché comunitaria, in una società tedesca sarebbe stata inammissibile. La ragione principale di tale divieto veniva individuata nella intenzione da parte del legislatore tedesco di attendere l'imminente intervento del legislatore comunitario che già nel 1985 aveva elaborato una prima proposta di direttiva sulle fusioni transfrontaliere³⁸¹. Contro tale decisione *SEVIC* presentava ricorso in appello davanti al *Landgericht Koblenz* il quale sottoponeva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla

³⁸⁰ La legge tedesca non lo prevede espressamente ma la tesi dominante nella dottrina tedesca si esprime in tal senso. V., KINDLER, (nt. 10), p. 479. Questa prassi comportava la necessità per le società tedesche che volessero fondersi con società straniere di ricorrere a complicate costruzioni societarie. V., DECHER, *Cross Border Mergers Traditional Structures and SE-Merger Structures*, in *European Company and Financial Law Review*, 2007, pp. 5 ss.; MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso SEVIC*, (nt. 10), p. 418.

³⁸¹ V., KINDLER, (nt. 10), p. 480.

compatibilità della legislazione tedesca alla quale si è accennato con la libertà di stabilimento riconosciuta dagli artt. 43 e 48 TCE³⁸².

La controversia verteva ancora una volta su una fattispecie di immigrazione (*inbound merger*) e non di emigrazione (*outbound merger*)³⁸³. Una società lussemburghese chiedeva di essere assorbita in una società tedesca e il registro delle imprese tedesco rifiutava tale registrazione.

Anche questa volta la Corte si è espressa nettamente a favore della libertà di stabilimento compiendo, come si dirà breve, un importante passo avanti verso la completa realizzazione del mercato unico. La sentenza, seguendo la ormai tradizionale struttura delle decisioni della Corte in materia di libertà di stabilimento delle società, si articola in tre parti. La prima parte relativa all'ambito di applicazione della libertà di stabilimento con particolare riferimento alla fattispecie sottoposta all'esame della Corte³⁸⁴, la seconda parte relativa all'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento e la terza relativa alla giustificabilità di tale restrizione. La motivazione di *SEVIC*, tuttavia, ha lasciato sorpresi numerosi commentatori per la sua stringatezza³⁸⁵. Per questo motivo è opportuno, nel ripercorrere i passaggi argomentativi essenziali della decisione, fare riferimento anche alle

³⁸² Si riporta qui il quesito pregiudiziale nei suoi termini esatti: «se gli artt. 43 e 48 TCE debbano essere interpretati nel senso che è in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che ad una società estera europea si neghi l'iscrizione della fusione da questa prevista con una società tedesca nel registro tedesco delle imprese ai sensi degli artt. 16 ss. dell'*Umwandlungsgesetz*, in quanto l'art. 1, n. 1, primo comma, dell'*UmwG* prevede la trasformazione solo a favore di soggetti di diritto aventi sede in Germania».

³⁸³ V., SCHÖN, (nt. 10), pp. 131 ss.; STORM, (nt. 10), p. 131.

³⁸⁴ Sulla questione se la fusione per incorporazione sia una maniera di esercitare la libertà di stabilimento v. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "SEVIC"*, in *Giur. comm.*, 2006, pp. 424 ss.

³⁸⁵ V., *ex multis*, MUCCIARELLI, (nt. 114), p. 421, («le argomentazioni impiegate nella sentenza ... lasciano interdetti per la loro concisione e lacunosità»); KINDLER (nt. 10), p. 481, («la sentenza non brilla per profondità di argomentazioni giuridiche nel merito e lascia perplessi anche sotto il profilo istituzionale»).

conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano alle quali la Corte ha peraltro rinviato più volte *per relationem*.

Innanzitutto deve darsi conto dell'argomento proposto dal Governo tedesco, e supportato da quello olandese, che ha messo in discussione la possibilità stessa di qualificare la fusione tra *SEVIC* e *SVC* come esercizio della libertà di stabilimento. L'argomentazione è molto sottile. Si osserva al riguardo che la società lussemburghese (*SVC*) era stata assorbita in virtù della fusione nella società tedesca incorporante (*SEVIC*) e aveva perduto quindi la sua personalità giuridica³⁸⁶. «Ma poiché, per definizione, una società estinta non può stabilirsi, né a titolo principale né a titolo secondario, in un altro Stato membro, se ne deve dedurre ... che vengono qui meno gli stessi presupposti per l'applicazione degli artt. 43 e 48 TCE»³⁸⁷.

La Corte liquida rapidamente la questione constatando, con una affermazione che fa pensare più ad una scelta di politica del diritto, che «rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente e alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del Paese». Le fusioni transfrontaliere, prosegue la Corte, «costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento importanti per il funzionamento del mercato interno e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui all'art. 43»³⁸⁸.

³⁸⁶ Questa era una posizione mutuata dalla dottrina giuridica tedesca. V., KINDLER (nt. 10), p. 481.

³⁸⁷ Sentenza *SEVIC*, conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, punto 22.

³⁸⁸ Sentenza *SEVIC*, conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, punto 19.

Chi affronta, dando una risposta ben più compiuta, la questione è invece l'Avvocato Generale Tizzano. A detta di quest'ultimo, il ragionamento del Governo tedesco è affetto da una «logica rovesciata» poiché «assume una conseguenza della fusione, vale a dire l'estinzione della società incorporata, come causa dell'impossibilità per tale società (quando non è ancora estinta) di procedere all'operazione».

Il ragionamento dell'Avvocato Generale appare condivisibile. La fusione, infatti, non sembra potersi ricondurre se non in senso lato al fenomeno della successione a titolo universale³⁸⁹. Quest'ultima presuppone l'estinzione di un soggetto come «fatto» giuridico del quale il diritto si limita a prendere atto per regolare la sorte dei rapporti patrimoniali del *de cuius*. La fusione, invece, costituisce semplicemente una vicenda organizzativa delle società coinvolte. Essa non presuppone la stipulazione di un nuovo contratto con estinzione dei contratti precedenti ma costituisce semplicemente una modificazione dei contratti preesistenti³⁹⁰. Se guardiamo, infatti, al fenomeno societario come ad un «reticolo di contratti» risulta evidente come in nessun momento della fattispecie a formazione progressiva che porta alla fusione (redazione del progetto, approvazione del progetto e stipulazione dell'atto) vi sia una estinzione di tali contratti³⁹¹. Fino a quando l'atto di

³⁸⁹ V., in senso analogo, SANTAGATA, *La fusione fra società*, Napoli, 1964, p. 157; SCIPIONE, *La nuova disciplina delle operazioni straordinarie*, Torino, 2006, pp. 134 ss. Si tenga, tuttavia, presente che la Corte di Cassazione italiana continua ad adottare l'orientamento conservatore secondo cui «la fusione attua una successione a titolo universale nei crediti, nei debiti, e nella qualità di parte nel processo, analogamente a quanto accade per la successiva a causa di morte delle persone fisiche». V. Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565 in *Giur. comm.*, 1978, pp. 352 ss.

³⁹⁰ Nella fusione tutti i rapporti attivi, passivi, reali o obbligatori passano ad un nuovo soggetto (società incorporante o società risultante dalla fusione) ad eccezione di quelli intrasmissibili, come ad esempio i patti parasociali, i quali, essendo fonte di vincoli meramente obbligatori limitatamente alle parti contraenti, è escluso che possano sopravvivere ad una fusione, così come in caso di morte del socio contraente, non si trasmettono all'erede. In quest'ultimo senso v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, Cedam, 2004, p. 483.

³⁹¹ Il procedimento di fusione è stato, come è noto, armonizzato dalla terza direttiva in materia di diritto societario.

fusione non viene iscritto nel registro delle imprese le deliberazioni di fusione restano atti interni alle società suscettibilità di revoca³⁹². Soltanto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese si realizza l'effetto tipico di unificazione dei patrimoni delle società interessate e l'estinzione delle società incorporate o di quelle partecipanti alla fusione nel caso di fusione per unione, la quale avviene, tuttavia, senza alcuna soluzione di continuità³⁹³.

Dopo aver risolto la questione della rilevanza comunitaria della fattispecie sottoposta al suo esame, la Corte passa ad esaminare l'ulteriore questione se la misura nazionale oggetto della causa costituisca o meno una restrizione alla libertà di stabilimento. Anche tale questione viene risolta, come era prevedibile, in senso positivo³⁹⁴.

L'art. 43 TCE, come più volte ripetuto, impone agli Stati membri l'eliminazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento. Costituisce peraltro caposaldo della giurisprudenza della Corte il principio secondo cui tale disposizione va interpretata nel senso che costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento tutte quelle misure che impediscono, limitano o rendono anche soltanto meno attraente la libertà di stabilimento.

Senza fare riferimento alla «dottrina *Centros*», la Corte rileva che una disposizione come quella della legge tedesca nella misura in cui prevede

³⁹² V., GALGANO-GHEDINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di Francesco Galgano, terza edizione, Padova, Cedam, 2006,

³⁹³ La fusione veniva tradizionalmente concepita in dottrina come fenomeno comportante l'estinzione della società incorporata o fusa alla quale seguiva la stipulazione di un nuovo contratto sociale (v., *ex multis*, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Vallardi, 1923, p. 474; FERRI, *La fusione di società commerciali*, Roma, 1936, pp. 50 ss.). La teoria oggi nettamente prevalente è, tuttavia, quella che nega che la fusione consista nella conclusione di un nuovo contratto sociale dando essa piuttosto vita ad una mera integrazione reciproca di contratti preesistenti (v., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, Cedam, 2004, p. 480; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Francesco Galgano, vol. VIII, Padova, Cedam, 1990, pp. 266 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, Cedam, 1980, pp. 841 ss.

³⁹⁴ Sentenza *SEVIC*, paragrafi 20-23.

come presupposto per l'applicazione di un diverso (e discriminatorio) regime la natura interna o transfrontaliera della fusione è tale da dissuadere le società comunitarie dal valersi della libertà di stabilimento sancita dal Trattato e deve essere quindi considerata una illegittima restrizione del diritto di stabilimento stesso.

La Corte, infatti, dopo aver ricordato l'utilità delle fusioni transfrontaliere come tecnica efficiente di raggruppamento societario, che riduce i costi che sarebbero associati ad altre forme di raggruppamento societario, quali per esempio lo scioglimento di società con liquidazione del patrimonio e successiva costituzione di una nuova società con trasmissione a quest'ultima di singoli elementi del patrimonio, rileva come la legislazione tedesca precluda alle società comunitarie l'accesso al mercato tedesco mediante tale strumento.

La Corte analizza, infine, la giustificabilità della restrizione. I governi tedesco e olandese avevano sostenuto che in mancanza di armonizzazione delle regole sulle fusioni transfrontaliere non sarebbe stato possibile per la Germania riconoscere le fusioni transfrontaliere a causa delle «notevoli differenze ancora esistenti tra i diritti societari degli Stati membri» che non permettevano di risolvere i problemi connessi a tali operazioni³⁹⁵. Il divieto veniva, in particolare, motivato dalla necessità di «tutelare gli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori» nonché di garantire «l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà dei rapporti commerciali»³⁹⁶.

La Corte richiama ancora una volta la «dottrina *Centros*» in base alla quale le misure che impediscono o rendono meno attrattiva la libertà di stabilimento possono essere giustificate soltanto se soddisfano il *test* delle

³⁹⁵ Sul punto v., *ex multis*, KINDLER (nt. 10), pp. 483 ss.; VENTORUZZO (nt. 10), pp. 5 ss.; SIEMS, (nt. 10), pp. 167 ss.

³⁹⁶ Sentenza *SEVIC*, paragrafo 24.

quattro condizioni stabilite nella giurisprudenza *Gebhard* (non discriminazione, giustificazione sulla base dei motivi imperativi di interesse pubblico, idoneità e proporzionalità). Dal punto dell'Avvocato Generale Tizzano, la legislazione tedesca falliva il superamento del *test* già in punto di non discriminatorietà³⁹⁷. La Corte, invece, sembra sancire l'illegittimità della normativa tedesca non in base al *test* di non discriminatorietà sibbene in base a quello di idoneità e di proporzionalità. Ciò probabilmente in base alla considerazione che la legge tedesca non proibiva soltanto alle società straniere di fondersi con le società tedesche ma impediva anche l'operazione inversa ossia la fusione di società tedesche con società straniere.

Per quanto riguarda, invece, l'idoneità e la proporzionalità delle misure introdotte in concreto dalla Germania, la Corte ritiene che il diniego incondizionato dell'iscrizione nel registro delle imprese di una fusione tra una società stabilita in uno Stato membro ed una avente sede in uno Stato membro diverso finisce con l'impedire la realizzazione di fusioni transfrontaliere anche quando gli interessi sopra menzionati non sarebbero minacciati ed eccede comunque quanto necessario a raggiungere gli obiettivi di tutela di detti interessi³⁹⁸.

In sintesi i principi innovatori affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *SEVIC* sembrano essere i seguenti: *a*) il campo di applicazione della libertà di stabilimento si estende anche alle fusioni (e alle scissioni) transfrontaliere; *b*) la diversità di trattamento fra fusioni interne e fusioni transfrontaliere costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento; *c*)

³⁹⁷ V., sentenza *SEVIC*, conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, paragrafo 56 «ora, è gioco forza constatare che nel caso di specie siamo in presenza di una norma di natura discriminatoria ... infatti, la disciplina in esame sancisce una chiara disparità di trattamento tra società in base alla loro sede, permettendo le fusioni se le società interessate sono stabilite in Germania e precludendole invece se una di esse è stabilita all'estero».

³⁹⁸ Sentenza *SEVIC*, punto 30.

queste restrizioni possono essere giustificate soltanto alla luce della dottrina delle esigenze imperative e devono superare in ogni caso il *test* delle quattro condizioni. La protezione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei dipendenti può in certi casi e sotto determinate condizioni giustificare una restrizione. La Corte, tuttavia, non fornisce ulteriori elementi di valutazione.

Sembra significativo il fatto che la sentenza *SEVIC* sia stata emessa poche settimane dopo l'approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere, che si poneva tra gli obiettivi proprio quello di tutelare gli interessi posti dalla legge tedesca a fondamento del diniego. La Corte ha, dunque, ancora una volta ribadito che il processo di armonizzazione non può pregiudicare in ogni caso l'esercizio del diritto di stabilimento. L'effetto di tale decisione sarà che le fusioni transfrontaliere potrebbero essere legittimate in base ad una duplice base legale: la direttiva sulle fusioni transfrontaliere e la libertà di stabilimento di cui all'art. 48 TCE così come interpretata dalla sentenza *SEVIC*³⁹⁹. A tali basi potrebbe poi ulteriormente aggiungersi il Regolamento sulla società europea (SE) che prevede tra i possibili modi di costituzione della società europea proprio la fusione tra due o più società comunitarie.

Dal momento che la decisione *SEVIC* riguardava due società per azioni potrebbe sorgere il dubbio se la portata di tale decisione debba estendersi anche ad altri tipi di società⁴⁰⁰. Certamente troverà applicazione nei confronti delle società a responsabilità limitata. A supporto di tale tesi

³⁹⁹ V., ENRIQUES-GATTI, *EC Reforms of Corporate Governance and Capital Markets Regulation: How Do They Affect Outside Investors?*, working paper, reperibile su ssrn.com, p. 29, i quali a tal riguardo si chiedono «*whether the Directive is ultimately trivial, as it allows companies to do something that, as a matter of EC Law, has to be permissible in each Member State*». Su tali questioni v., *infra*.

⁴⁰⁰ V. SCHINDLER, (nt. 10), p. 116.

può ricordarsi che l'art. 48 TCE, richiamato dalla Corte a fondamento della decisione, non distingue tra società per azioni e società a responsabilità limitata. In secondo luogo, la direttiva sulle fusioni transfrontaliere estende il suo campo di applicazione sia alle società per azioni che alle società a responsabilità limitata. Infine, non sembra che possano sussistere ragioni valide per applicare una disciplina differenziata (e discriminatoria) per le società a responsabilità limitata.

7. Applicabilità analogica della giurisprudenza SEVIC alle scissioni transfrontaliere.

A fondamento della sentenza *SEVIC* vi è la convinzione, sottolineata dalla stessa Corte, che le fusioni transfrontaliere costituiscono un particolare ed utile strumento di ristrutturazione societaria importante per il funzionamento del mercato interno e che debbano perciò essere coperte dalla libertà di stabilimento comunitaria⁴⁰¹. Alle fusioni transfrontaliere la Corte equipara poi «le altre operazioni di trasformazione di società» rispondenti ad «esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società di società stabilite in Stati membri differenti»⁴⁰². Da queste affermazioni sembra doversi dedurre la necessità di estendere il campo di applicazione della libertà di stabilimento anche alle scissioni transfrontaliere⁴⁰³, che a differenza delle fusioni transfrontaliere non costituiscono oggetto di una disciplina di armonizzazione⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ V., sentenza *SEVIC*, paragrafo 19.

⁴⁰² V., sentenza *SEVIC*, paragrafo 19.

⁴⁰³ Nel senso che le scissioni transfrontaliere dovrebbero essere coperte dalla libertà di stabilimento v., anche, JAN VOSSESTEIN, *Companies' Freedom of Establishment after SEVIC*, in *European Company Law*, 2006, pp. 178-179.

⁴⁰⁴ Formano oggetto di disciplina comunitaria le scissioni delle società per azioni appartenenti ad uno stesso Stato membro (sesta direttiva in materia di diritto societario del Consiglio n. 82/891 del 17

Inoltre, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, sebbene perseguano effetti diametralmente opposti, presentano alcuni caratteri comuni tali da rendere ragionevole l'affermazione per cui se devono ritenersi consentite le prime non vi è ragione per proibire le seconde.

In primo luogo, sia la fusione che la scissione hanno l'effetto di far confluire riducendoli ad unità patrimoni appartenenti prima dell'operazione a entità giuridiche separate.

In secondo luogo, le fusioni e le scissioni transfrontaliere costituiscono entrambe vicende modificative del contratto sociale (dirette alla realizzazione dei più disparati obiettivi come per esempio la concentrazione fra imprese, l'accorciamento della catena di controllo in un gruppo, una riorganizzazione aziendale) aventi la peculiarità di compenetrare contratti sociali soggetti a diverse legislazioni. Ciò pone esigenze comuni di tutela di alcune categorie di *stakeholders* i cui interessi potrebbero essere pregiudicati da tali operazioni transfrontaliere (per esempio, i creditori, i soci di minoranza, i lavoratori). Quest'ultima affermazione potrebbe, tuttavia, portare anche un elemento a favore dell'argomento dell'esclusione delle scissioni transfrontaliere dal campo di applicazione di *Sevic*. Infatti, poiché a tali esigenze risponde, come si vedrà in seguito, la direttiva sulle fusioni transfrontaliere, potrebbe allora dirsi che le scissioni transfrontaliere non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione della libertà di stabilimento trattandosi di una materia che esige l'intervento armonizzatore del legislatore comunitario. Al riguardo deve però rilevarsi che le discipline degli Stati membri sulle scissioni interne, al pari di quella sulle fusioni interne, sono state già armonizzate dal legislatore comunitario con la sesta

dicembre 1982). Questa direttiva presenta un contenuto molto simile a quello della terza direttiva sulle fusioni interne.

direttiva ragion per cui una conclusione del genere sarebbe probabilmente eccessiva. Anzi, proprio tale circostanza potrebbe aver portato la Corte a decidere in favore della «tutela comunitaria» delle fusioni transfrontaliere indipendentemente dallo spirare del termine per il recepimento della direttiva da parte degli Stati membri.

Deve, infine, rilevarsi che la direttiva 2005/19/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, che modifica la direttiva 90/434/CEE relativa, prevede un regime comune fiscalmente neutro da applicare tanto alle fusioni che alle scissioni transfrontaliere. Anche se l'argomento non è decisivo⁴⁰⁵, sembra, comunque, coerente ritenere che gli strumenti di ristrutturazione societaria che sono disponibili sotto la disciplina fiscale di armonizzazione dovrebbero essere altresì coperti dalla libertà di stabilimento.

La possibilità di invocare la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul diritto di stabilimento per la realizzazione di una scissione transfrontaliera incontra, comunque, pur sempre il limite del superamento del *test* delle quattro condizioni. Ciò significa che gli Stati membri resteranno liberi di impedire la realizzazione di un'operazione di scissione transfrontaliera nella misura in cui dimostrino la sussistenza nel caso concreto di esigenze imperative tali da giustificare le restrizioni.

Anche qualora voglia, invece, sostenersi la tesi opposta dell'inapplicabilità della libertà di stabilimento alle scissioni transfrontaliere, l'effetto tipico di queste operazioni potrebbe ugualmente essere raggiunto utilizzando un procedimento certamente più complesso e costoso ma ugualmente efficace. La società che si vuol scindere in una società straniera potrebbe essere prima scissa in una società nazionale la quale

⁴⁰⁵ Anche se la direttiva 90/434/CEE ha previsto già a partire dal 1990 una disciplina fiscale sulle fusioni transfrontaliere era opinione diffusa che la legittimità di queste operazioni dovesse essere comunque valutata alla luce dei diritti degli Stati membri.

successivamente sarà incorporata mediante una fusione transfrontaliera nella società straniera stessa o in una società veicolo straniera all'uopo costituita.

8. *La libertà di stabilimento delle società dopo Centros.*

Emerge dall'evoluzione giurisprudenziale della quale si è finora dato conto come la «dottrina *Centros*» abbia compiuto un deciso passo in avanti verso il riconoscimento della libertà di movimento delle società e quindi verso la realizzazione del mercato unico. Ancora una volta la Corte di Giustizia ha giocato un ruolo decisivo nella costruzione dell'integrazione comunitaria e ha realizzato ciò che il processo di armonizzazione non era stato in grado di fare, probabilmente a causa della lentezza della attività normativa della Comunità e della difficoltà di trovare compromessi accettabili fra le posizioni dei singoli Stati membri, specialmente dei c.d. Stati forti (soprattutto Francia e Germania)⁴⁰⁶. Sotto questo profilo la Corte si caratterizza, invece, per la sua snellezza operativa, per gli ampi poteri giurisdizionali e soprattutto per la sua indipendenza rispetto agli interessi dei singoli Stati membri⁴⁰⁷. Queste caratteristiche rendono probabilmente la Corte il vero motore dell'integrazione comunitaria.

La «dottrina *Centros*» ha generato un enorme interesse nella dottrina europea e ha dato vita a quello che può probabilmente definirsi come il più ampio dibattito tra gli studiosi del diritto societario comunitario dall'entrata

⁴⁰⁶ V., BABAYEV, *Legal Autonomy vs. Political Power: What is the Role of the European Court of Justice in the European Integration?*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com, ove si analizza il ruolo fondamentale della Corte di Giustizia nella realizzazione del mercato unico.

⁴⁰⁷ V. PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 155 secondo cui «the judges of the ECJ, in contrast to national governments, are more pro-integrationists and have une certaine idée de l'Europe».

in vigore del Trattato di Roma⁴⁰⁸. Le ragioni di questo eccezionale interessamento sono molteplici.

In primo luogo, la «dottrina *Centros*» ha portato a riconsiderare il diritto internazionale privato societario e ha di conseguenza messo in discussione il potere sovrano degli Stati membri in una materia fondamentale per l'economia di un Paese come quella del governo delle società. Come si è detto in precedenza, era opinione diffusa che il fatto che il legislatore comunitario non avesse alcuna competenza istituzionale nel campo del diritto internazionale privato dovesse significare che gli Stati avrebbero conservato piena autonomia nella soluzione dei conflitti di legge in materia societaria e fossero quindi liberi di introdurre norme di conflitto al fine di impedire o limitare l'ingresso di società pseudo-straniere nei propri ordinamenti, e dirette quindi in ultima istanza ad imporre l'applicazione del proprio diritto societario a tutte le società che operassero nell'ambito del loro ordinamento. In altre parole, le costruzioni internazionalprivatistiche erano da considerarsi tutte compatibili con l'ordinamento comunitario. La «dottrina *Centros*» ha, invece, compiuto grossi passi in avanti verso la realizzazione del mercato unico e ha reso chiaro che la sovranità degli Stati membri nel campo del diritto internazionale privato trova un limite nel rispetto delle libertà comunitarie. Questo principio ha messo in crisi la compatibilità con il diritto comunitario di alcune costruzioni internazionalprivatistiche diffuse in numerosi Stati membri (soprattutto, la teoria della sede reale) o delle legislazioni contro le società pseudo-straniere anch'esse piuttosto diffuse negli Stati membri. Le questioni internazionalprivatistiche connesse alla «dottrina *Centros*» hanno appassionato specialmente i ricercatori tedeschi essendo la *Sitztheorie* tedesca

⁴⁰⁸ V. l'ampia bibliografia riportata, *supra*, nt. 10.

uno dei potenziali bersagli principali della dottrina *Centros*. Al riguardo mentre una parte della dottrina ha considerato innegabile il riconoscimento della fine della teoria della sede reale⁴⁰⁹, altri giuristi hanno utilizzato tutta la loro abilità per difendere la sopravvivenza della *Sitztheorie*⁴¹⁰.

In secondo luogo, la «dottrina *Centros*» ha lasciato aperti numerosi dubbi interpretativi. Infatti, mentre da un lato, essa ha reso possibili in nome delle libertà del Trattato e della realizzazione del mercato unico operazioni transfrontaliere la cui valutazione di legittimità era prima ritenuta pacificamente di competenza dei singoli Stati membri sulla base di quella che era l'interpretazione dominante della sentenza *Daily Mail*, dall'altro ha sempre ritenuto di poter salvare la giurisprudenza *Daily Mail* affidandosi alle più raffinate architetture giuridiche articolate attorno alla tecnica del *distinguishing*⁴¹¹. Ci si è chiesti, allora, se la Corte abbia effettivamente voluto superare i principi di *Daily Mail*. E in caso di risposta negativa, quali siano i confini tipologici tra la «dottrina *Centros*» e la giurisprudenza *Daily Mail*? La risposta a questa domanda è fondamentale per stabilire se allo stato attuale del diritto comunitario una società costituita in uno Stato membro abbia o meno il diritto di trasferire la propria sede all'estero senza necessità di sciogliersi nell'ordinamento di uscita e di ricostituirsi in quello di entrata. Questa domanda è alla base di quello che certa dottrina aveva a suo tempo definito come «il mistero di *Centros*»⁴¹².

⁴⁰⁹ V., *ex multis*, SANDROCK, *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in *Betriebs-Berater*, BB, 1999, p. 1327; FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, in *EuZW*, 1999, pp. 267 ss.

⁴¹⁰ V., per esempio, EBKE, *Das Schicksal der Gründungstheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *JZ*, 1999, pp. 656 ss.

⁴¹¹ V. BERLINGUER, (nt. 10), p. 355.

⁴¹² V., ZIMMER, *Mysterium Centros*, in *164 Zeitschrift für Das Gesamte Handelsrecht ZHR*, 2000, pp. 23 ss.

Inoltre, ci si è interrogati sull'effettivo significato della dottrina delle esigenze imperative nella materia delle società. Anche in questo campo la Corte ha mostrato una certa ambiguità. Infatti, essa da un lato, e fin dalla decisione *Centros*, affermato che la dottrina delle esigenze imperative possa fungere da limite all'applicazione della libertà di stabilimento, mentre dall'altro ha sempre negato di applicare in concreto tale dottrina. Ci si è domandati, allora, quali siano i limiti alla possibilità per uno Stato membro di invocare la dottrina delle esigenze imperative per imporre l'applicazione di una determinata norma interna ad una società straniera. Il problema si pone soprattutto con riferimento alle norme sulla protezione dei creditori e dei lavoratori.

In terzo luogo, l'importanza della «dottrina *Centros*» consiste nel carattere assolutamente innovativo dei principi affermati dalla Corte di Giustizia in grado di spezzare uno *status quo* che sembrava ormai acquisito. In particolare, con la dottrina *Centros* la Corte ha effettivamente legittimato il c.d. arbitraggio normativo, ossia la possibilità per gli imprenditori che vogliono costituire una società commerciale di scegliere fra le legislazioni degli ordinamenti comunitari quella che ritengono più vantaggiosa, senza che al riguardo sia necessario che la società abbia con l'ordinamento prescelto un collegamento effettivo diverso rispetto alla mera costituzione⁴¹³. In questo modo si è evidentemente aperto il mercato unico al fenomeno che negli Stati Uniti viene tradizionalmente definito come competizione fra ordinamenti societari e che stimola l'interesse dei giuristi americani ormai da più di un secolo⁴¹⁴. Questo dibattito ha portato gli studiosi del diritto

⁴¹³ V., HIRT (nt. 10, p. 1208). V., anche, *supra*, cap. II, § 1.

⁴¹⁴ Per la distinzione tra arbitraggio normativo e competizione tra ordinamenti giuridici v., ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 376.

societario ad interrogarsi se sia preferibile intensificare il processo di armonizzazione del diritto comunitario in modo da rendere il principio della libertà di mobilità delle società in ambito comunitario meno problematico da accettare per tutti gli Stati membri o se sia piuttosto meglio favorire l'autonomia degli Stati membri nella creazione del diritto societario e aprire in tal modo ad una vera e propria concorrenza tra ordinamenti giuridici.

9. *Campo di applicazione della libertà di stabilimento. Le differenze tra la «dottrina Centros» e la giurisprudenza Daily Mail.*

A partire dalla sentenza *Centros* la dottrina ha elaborato numerose costruzioni per spiegare l'apparente contraddizione tra i principi affermati dalla Corte in quella decisione e la giurisprudenza *Daily Mail*⁴¹⁵. Secondo una prima teoria la soluzione doveva rinvenirsi nell'osservazione che mentre *Centros* riguardava la libertà di stabilimento secondaria *Daily Mail* concerneva il diritto di stabilimento primario⁴¹⁶. Questa teoria era probabilmente inaccettabile dato che nel caso *Centros* (al pari del successivo caso *Inspire Art*) si trattava della libertà di stabilimento secondario in senso soltanto formale. L'attività della sede secondaria era, infatti, destinata ad essere esercitata per intero nel Paese di stabilimento. La teoria in questione fu poi, comunque, sconfessata implicitamente dalla stessa Corte nella

⁴¹⁵ V., RINGE (nt. 10), pp. 628 ss.

⁴¹⁶ V., ZIMMER, *Mysterium Centros. Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 23 ss.; SIEMS, *Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law in the 21st Century*, in *European Law Review*, 2002, pp. 47 ss.; CERIONI, *A Possible Turning Point in the Development of EC Company Law: The Centros Case*, in *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2000, pp. 165 ss.; RAMMELOO, *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, pp. 169 ss.

sentenza *Überseering* nella quale, come detto, veniva in considerazione sia formalmente che sostanzialmente la libertà di stabilimento primaria.

Una seconda teoria cercò di limitare il più possibile gli effetti di *Centros* e rilevò che in tale decisione, a differenza di *Daily Mail*, non veniva in considerazione il diritto internazionale privato di uno Stato membro ma semplicemente una disposizione nazionale di diritto sostanziale. Per questa dottrina *Daily Mail* rimaneva, dunque, salva⁴¹⁷. A parte l'eccessivo formalismo di questa distinzione, che non tiene conto del fatto che la Corte non si preoccupa della qualificazione formale di una determinata disposizione ma soltanto dell'effetto della stessa di impedire, limitare o rendere più svantaggioso l'esercizio del diritto di stabilimento, resta il fatto che in effetti, come si è detto in precedenza, neppure *Daily Mail* aveva ad oggetto la legittimità di una norma di collegamento ma prendeva in esame soltanto una disposizione di carattere fiscale. Il Regno Unito, infatti, applica la teoria della incorporazione ragion per cui un problema di ordine civilistico per il trasferimento della sede non si poneva neppure. Inoltre, tanto la sentenza *Überseering* quanto *SEVIC* hanno eliminato ogni possibile dubbio al riguardo. Nelle controversie in questione venivano, infatti, in considerazione le norme di conflitto tedesche in materia di società. Sebbene, potrebbe opporsi che nel caso *Überseering* la Corte ha basato la propria decisione esclusivamente su argomenti relativi alla libertà di stabilimento senza dichiarare espressamente l'invalidità della legge tedesca⁴¹⁸, è anche vero che la Corte ha di fatto disapplicato tale legge.

Un terzo orientamento ha cercato di conciliare la soluzione raggiunta dalla Corte nel caso *Daily Mail* con quella della «dottrina *Centros*» tenendo

⁴¹⁷ V., *ex multis*, ROTH, *Case Note on Centros*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147 ss.

⁴¹⁸ Così, WYMEERSCH, (nt. 10), p. 746.

conto della differente prospettiva in cui si collocano le due sentenze. L'osservazione è che mentre *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art* riguardavano tutte dei casi di immigrazione (*entry* o *Wegzugsfälle*), *Daily Mail* era, invece, ancorata alla posizione dello Stato di origine (*exit* o *Zuzugsfälle*)⁴¹⁹. Lo Stato di origine della società, quindi, sarebbe libero di richiedere che l'ente presenti con esso un collegamento sostanziale, dato in particolare dal fatto di possedere sul territorio la sede effettiva, mentre lo Stato di destinazione, in cui la società intende esercitare i suoi diritti comunitari, non potrebbe, in virtù della «dottrina *Centros*», negare in nessun caso il pieno esercizio del diritto di stabilimento alla società costituita secondo l'ordinamento di altro Stato membro. Questa teoria è, come si dirà a breve, ancora oggi quella più accreditata.

Una quarta teoria, infine, ha ritenuto che *Centros* avrebbe in effetti superato la decisione nel caso *Daily Mail* abbandonando quell'approccio⁴²⁰. Questo orientamento si presta, tuttavia, alla duplice opposizione che *Überseering* ha confermato espressamente la validità della giurisprudenza *Daily Mail* e che la Corte ogni qualvolta abbia voluto superare un suo precedente indirizzo lo ha fatto espressamente.

La Corte, consapevole del dibattito scaturito dalla sentenza *Centros*, ha fornito qualche aiuto alla risoluzione delle questioni da essa sollevate. Sebbene i principi della «dottrina *Centros*» si collochino, almeno da un punto di vista di politica del diritto, in apparente contrasto con quanto deciso dalla Corte dieci anni prima nella sentenza *Daily Mail*, la Corte del Lussemburgo,

⁴¹⁹ V., *ex multis*, EDWARDS, (nt. 10), pp. 121 ss.; SCHÖN (nt. 10), pp. 133 ss.; ANDENAS, *Free Movement of Companies*, in *Law Quarterly Review*, 2003, pp. 221 ss.; EBKE, (nt. 10), pp. 21 ss.; LOMBARDI (nt. 10), pp. 368 ss. Per una critica a questa opinione v., RINGE, (nt. 10), pp. 628 ss.; DAMMANN, (nt. 10), p. 18.

⁴²⁰ V., *ex multis*, HEINE-KERBER, *European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence*, in *European Journal of Law and Economics*, 2002, pp. 47 ss.

almeno formalmente, non ha mai ritenuto di dover superare la propria decisione nella sentenza *Daily Mail*. Nel caso *Centros*, la Corte, nonostante le richieste dei Governi intervenenti, ha deliberatamente omesso ogni riferimento alla giurisprudenza *Daily Mail*, probabilmente in considerazione del fatto che quella controversia riguardava, almeno formalmente, la libertà di stabilimento secondaria. Essa verteva, infatti, sul diniego di registrazione di una sede secondaria nell'ordinamento di stabilimento. Mentre nella sentenza *Überseering*, dove veniva in considerazione al pari di *Daily Mail* la libertà di stabilimento primaria, la Corte ha finalmente chiarito il significato di *Daily Mail* confermandone implicitamente la validità e sancendone la compatibilità con le sue decisioni successive. In particolare la Corte, difformandosi dall'opinione dell'Avvocato Generale Colomer, sembra voler aderire alla teoria che distingue tra situazioni di arrivo e situazioni di partenza⁴²¹. Si legge al paragrafo 62 della sentenza: «occorre sottolineare, al riguardo, che diversamente dalla sentenza *Daily Mail and General Trust* ... che riguarda i rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa essa è stata costituita, nel caso in cui la società intende trasferire la sua sede effettiva in un altro Stato membro conservando la personalità giuridica di cui gode nel suo Stato di costituzione, la causa principale si riferisce al riconoscimento da parte di uno Stato membro di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, alla quale viene rifiutata ogni capacità giuridica nel primo Stato membro in quanto esso ritiene che tale società abbia trasferito la sua sede effettiva nel suo territorio, senza che al riguardo sia rilevante il fatto che la società abbia effettivamente inteso effettuare un trasferimento di sede».

⁴²¹ V., sentenza *Überseering*, paragrafi 61 ss. V., anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, paragrafi 35 ss.

In altre parole, a differenza di *Daily Mail*, il caso *Überseering* riguardava il trattamento applicato da uno Stato membro ad una società, costituita validamente in un altro Stato membro che esercita il diritto di stabilimento nel primo Stato membro.

A questo punto la Corte ribadiva la validità della giurisprudenza *Daily Mail*: « ... in questo modo la Corte si è limitata a constatare che la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento erano determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società era stata costituita». La Corte concludeva che «uno Stato membro aveva la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sua sede effettiva al di fuori del suo territorio affinché essa potesse conservare la personalità giuridica di cui beneficiava in base al diritto di questo stesso Stato»⁴²².

Il medesimo principio fu riaffermato dalla Corte nel 2003 nella sentenza *Inspire Art*, dove tuttavia il richiamo alla giurisprudenza *Daily Mail* era piuttosto fuori luogo trattandosi di una situazione paragonabile piuttosto a quella esaminata nel caso *Centros*. In quell'occasione la Corte sottolineava che, a differenza di *Inspire Art* dove si trattava dell'applicazione ad una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro della normativa dello Stato membro in cui esercita effettivamente le sue attività, il caso *Daily Mail* riguardava «i rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa essa era stata costituita, nel caso in cui la società

⁴²² V. sentenza *Überseering*, paragrafo 70.

intenda trasferire la sua sede effettiva in un altro Stato membro conservando la personalità giuridica di cui gode nel suo Stato di costituzione»⁴²³.

La sentenza *SEVIC*, invece, disattendendo l'opinione dell'Avvocato Generale, non si è pronunciata sul punto⁴²⁴.

La Corte sembra, dunque, voler aderire alla tesi che limita il campo di applicazione della «dottrina *Centros*» ai soli casi di immigrazione confermando, invece, la validità della giurisprudenza *Daily Mail* per i casi di emigrazione sulla base dell'argomento che queste ipotesi riguardano situazioni puramente interne⁴²⁵. La conseguenza sarebbe che lo Stato di partenza sarebbe libero di pretendere che un ente costituito in conformità alla propria legge e alla quale tale Stato abbia conferito la personalità giuridica presenti un collegamento sostanziale con il proprio territorio e che questo collegamento venga mantenuto durante tutta la vita della società pena la perdita della personalità giuridica, mentre lo Stato di destinazione in cui la società intende stabilirsi non potrebbe negare ad una società comunitaria il pieno esercizio del diritto di stabilimento nel proprio territorio e il pieno riconoscimento in base alla *lex incorporationis*, salve le eccezioni eventualmente consentite alla luce della dottrina delle esigenze imperative. In altre parole il campo di applicazione del diritto comunitario di stabilimento sarebbe limitato al caso in cui lo Stato di partenza consenta ad una società nazionale di trasferire la propria sede (statutaria o

⁴²³ V. sentenza *Inspire Art*, paragrafo 103.

⁴²⁴ V. Sentenza *SEVIC*, conclusioni dell'Avvocato Generale, paragrafo 45.

⁴²⁵ V., *contra*, HIRT, (nt. 10), p. 1202, « ... it is arguable that the ECJ's decisions do not necessarily suggest that the provisions on the freedom of establishment of companies are to be interpreted differently in 'moving out' and 'moving in' cases, particularly if the one takes into consideration that *Daily Mail* was decided when the freedom of establishment of companies was still at an early stage and that a different decision in that case would have entailed significant consequences for taxation of companies in the Member States». Se ciò è vero non può dimenticarsi che la Corte ha espressamente confermato i principi espressi in quella decisione anche dopo la pronuncia *Centros*.

amministrativa) all'estero e questa società si stabilisca nel territorio di uno Stato membro diverso da quella di incorporazione.

Secondo il ragionamento della Corte, inoltre, il diritto degli Stati membri di bloccare le società nazionali alla frontiera dovrebbe valere, a differenza di quanto sostenuto da certa dottrina⁴²⁶, non soltanto per il caso di trasferimento della sede statutaria ma anche per il caso di trasferimento della semplice sede amministrativa. Ciò emergerebbe, sia dal dato sostanziale che nel caso *Daily Mail* la controversia riguardava il trasferimento della sede amministrativa fuori dal Regno Unito e non già il trasferimento della sede sociale, sia dal dato sostanziale che la Corte in *Überseering* ha espressamente fatto riferimento anche alla sede amministrativa e non soltanto a quella statutaria.

Deve, infine, rilevarsi che, il fatto che il diritto comunitario non attribuisce alle società commerciali il diritto di trasferire la propria sede in un altro Stato membro pur conservando la propria personalità giuridica, non pregiudica in alcun modo la possibilità per gli Stati membri di consentire tali operazioni transfrontaliere, ma significa soltanto che ai fini della loro legittimità sarà necessaria la cooperazione di entrambi gli ordinamenti interessati (Stato di partenza e Stato di arrivo)⁴²⁷. Ciò avverrà in genere o quando entrambi gli Stati adottino la teoria della incorporazione o quando queste operazioni transfrontaliere siano consentite in forza di particolari accordi internazionali (per esempio, Trattati di amicizia, commercio e navigazione).

⁴²⁶ V., EBKE, (nt. 10), pp. 23 ss. «*despite the general terms in which paragraph 70 of *Überseering* is cast, the Court's observation should not be interpreted as suggesting that the Court is prepared to recognize a Member State as having the power, vis-à-vis companies validly incorporated under its law, to impose restrictions on the cross-border transfer of the company's actual centre of administration, central place of business or real seat to another EU Member State*».

⁴²⁷ V., JOHNSTON, (nt. 10), p. 88.

9.1. *Immigrazione.*

Non occorre soffermarsi ulteriormente sulla disciplina dei casi di immigrazione. In base alla «dottrina *Centros*» quando una società costituita in conformità alla legge di uno Stato membro e avente uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 48 TCE intende stabilirsi in un altro Stato membro, lo Stato di arrivo dovrà riconoscere tale società in base alla sua legge di costituzione e, dunque, in base alla legge scelta dalle parti per l'esercizio della loro attività. Al riguardo possono trarsi le seguenti conclusioni: a) lo Stato di costituzione resta libero di determinare i requisiti che le società devono possedere ai fini del conferimento della personalità giuridica. L'irregolarità della costituzione di una società, tuttavia, può essere valutata soltanto facendo riferimento alla *lex incorporationis*⁴²⁸; b) i criteri di collegamento previsti dall'art. 48 TCE (sede sociale, amministrazione centrale e centro di attività principale) sono equivalenti per l'accesso alla libertà di stabilimento; c) deve considerarsi equivalente la qualificazione dello stabilimento come primario o come secondario, anche nella ipotesi estrema di società pseudo-straniera, ossia quando la società sia stata costituita secondo la legge dello Stato di partenza al solo fine di operare nello Stato di arrivo, e dunque, senza esercitare alcuna attività economica nello Stato di costituzione; d) Gli Stati membri devono riconoscere le società comunitarie in base alla *lex incorporationis* scelta dalle parti senza che possa avere alcuna rilevanza il fatto che il diritto internazionale privato dello Stato di arrivo intenda imporre la propria legge in considerazione della intensità del collegamento con la sua economia. In altre parole il diritto internazionale

⁴²⁸ Si tenga presente al riguardo che la prima direttiva in materia di diritto delle società restringe in maniera considerevole i casi in cui può essere pronunciata la nullità di una società.

privato cede di fronte alla libertà di stabilimento. Il conferimento della personalità giuridica da parte dello Stato di costituzione attribuisce alla società un passaporto comunitario che gli permette di operare secondo il proprio diritto all'interno del mercato unico; e) di fronte ad una società pseudo-straniera che intenda stabilirsi nel suo territorio lo Stato di arrivo potrà soltanto invocare la dottrina delle esigenze imperative per imporre l'applicazione di singole regole interne, ed avrà in questo caso l'onere di provare che la misura imposta superi il *test* delle quattro condizioni sul quale ci si soffermerà a breve. Ciò al fine di tutelare alcuni interessi tra i quali si possono ricordare in via esemplificativa quelli dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori nonché «l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà dei rapporti commerciali».

Potrebbe, dunque, concludersi che a seguito della «dottrina *Centros*» la distinzione fra stabilimento principale e stabilimento secondario ha perso ogni rilevanza pratica. Essa assume tuttal'più una rilevanza formale data dal fatto che una società pseudo-straniera dovrà rispettare tanto gli obblighi pubblicitari imposti dal Paese di stabilimento (formalmente) primario che quelli previsti dal Paese dello stabilimento (formalmente) secondario.

9.2. *Emigrazione. Necessità di distinguere fra trasferimento della sede amministrativa e trasferimento della sede registrata.*

E' giusto trattare i casi di emigrazione diversamente da quelli di immigrazione?. Quali sono le ragioni sottese a tale distinzione?. Emigrazione significa sostanzialmente «allontanamento» di una società dall'ordinamento che l'ha creata (paese di incorporazione) e «avvicinamento» della stessa ad un altro ordinamento (paese di stabilimento). Affinché tale allontanamento

possa dar luogo ad un trasferimento della sede rilevante per il diritto è necessario che lo stesso si sostanzi o in un mutamento stabile o in un atto giuridico (per esempio, trasferimento della sede statutaria) rilevante per uno o entrambi gli ordinamenti coinvolti nella vicenda traslativa. Al riguardo sembra necessario tenere ben distinti due casi: il trasferimento della sede reale e il trasferimento della sede registrata (*registered seat*).

Gli ostacoli alla emigrazione transfrontaliera possono derivare, in primo luogo dall'applicazione della teoria della sede reale da parte dello Stato di partenza che impone una coincidenza fra sede registrata e sede reale della società, dalla legislazione sostanziale e in secondo luogo dalla legislazione fiscale dello Stato di partenza stesso. In particolare, dal punto di vista dello Stato di partenza il trasferimento da parte di una società nazionale della sede reale in un altro Stato membro può risultare in una perdita di gettito fiscale ragion per cui tale Stato può subordinare l'operazione all'autorizzazione delle autorità fiscali.

Nei paragrafi successivi le due ipotesi verranno esaminata separatamente.

9.3. Emigrazione mediante trasferimento della sede amministrativa. Ingiustificatezza del diverso trattamento rispetto alle fattispecie di immigrazione.

Il primo caso riguarda il trasferimento della sede reale della società senza contestuale trasferimento della sede registrata⁴²⁹. Ciò è quanto si verifica in genere quando una società sposta il suo centro dell'amministrazione o l'oggetto principale della propria attività in un altro Stato membro senza trasferire la sede registrata nel Paese di stabilimento. Al

⁴²⁹ Non ci soffermerà ulteriormente sul concetto di sede reale essendo sufficiente rinviare a quanto detto in precedenza sul punto. V. *supra*, cap. II, § 1.

riguardo problemi sorgono quando lo Stato di partenza impedisca tale trasferimento. Nell'ipotesi inversa in cui sia lo Stato di arrivo ad impedire il trasferimento (consentito, invece, dallo Stato di partenza) la società potrà invocare senz'altro la «dottrina *Centros*» e lo Stato di arrivo non avrà alcuno strumento per impedire l'ingresso della società nel suo ordinamento. La Corte ha affrontato una fattispecie del genere soltanto una volta nella sentenza *Daily Mail* e ne ha confermato i principi nella successiva sentenza *Überseering*.

Il principio della libertà degli Stati membri di prevedere un diverso trattamento per le fattispecie di emigrazione rispetto a quelle di immigrazione con riguardo al trasferimento della sede amministrativa non sembra poter trovare un fondamento logico compatibile con il TCE e con i principi affermati dalla Corte nella «dottrina *Centros*» né sembra tanto meno condivisibile da un punto di vista di politica del diritto.

In primo luogo la stessa lettera dell'art. 48 TCE equipara espressamente «le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro» alle «persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri». Il requisito della costituzione secondo la legislazione di uno Stato membro sembra dover essere interpretato nel senso che se da un lato gli Stati membri mantengono la propria autonomia nel determinare le condizioni per la costituzione di una società⁴³⁰, una volta che tali condizioni siano state soddisfatte e che la società abbia acquistato personalità giuridica questa guadagna automaticamente l'accesso al mercato unico e deve esser libera di spostare la propria sede ovunque nell'ambito del territorio comunitario al pari delle persone fisiche che sono libere di stabilire la

⁴³⁰ V., SCHÖN, (nt. 10), p. 133 («there exists no principle of free incorporation within the European Union»).

propria residenza in qualsiasi altro Stato membro. E' questo il principio della cittadinanza comunitaria delle persone fisiche che secondo la formulazione letterale dell'art. 48 TCE dovrebbe essere estesa anche alle società. La giurisprudenza *Daily Mail* si pone in evidente contrasto con questo principio e finisce per legittimare un trattamento discriminatorio per le società rispetto a quello riconosciuto alle persone fisiche. A tale affermazione potrebbe obiettarsi che mentre il diritto di «emigrazione» delle persone fisiche trova supporto nella Direttiva CEE 73/148 una analoga normativa di armonizzazione non esiste con riguardo alle persone giuridiche. Questa argomentazione, tuttavia, cade nella stessa interpretazione della Corte di Giustizia che ha affermato nella sentenza *Überseering* il principio secondo il quale l'esercizio della libertà di stabilimento non può essere subordinato all'adozione delle Convenzioni di armonizzazione previste dall'art. 293 TCE.

In secondo luogo il ragionamento della Corte appare eccessivamente formalistico e sotto diversi profili illogico. La Corte in sostanza esclude le fattispecie di emigrazione dall'ambito di applicazione della libertà di stabilimento poiché facenti riferimento a situazioni puramente interne agli Stati membri non tutelate dal diritto di stabilimento in base all'art. 12 TCE e rientranti piuttosto nell'ambito dei poteri di uno Stato all'interno della propria giurisdizione⁴³¹. Il ragionamento appare viziato. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia può parlarsi di situazione puramente interna che esclude la possibilità di ricorrere alla norma comunitaria soltanto qualora non vi sia alcun elemento di interstatualità rispetto al contesto puramente nazionale della fattispecie. A ben veder il caso di una società che desidera abbandonare il proprio territorio per spostare la propria sede amministrativa al di fuori dello Stato di costituzione

⁴³¹ V., WYMEERSCH, (nt. 10), p. 742.

costituisce una situazione rilevante per il diritto comunitario⁴³² ⁴³³. Lo spostamento della sede amministrativa o del centro principale degli affari in un altro Stato membro costituisce, infatti, senza dubbio una forma di accesso al mercato unico.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi come ogni situazione di immigrazione corrisponda dal punto di vista dello Stato membro di arrivo (coperta dalla libertà di stabilimento) necessariamente ad una situazione di emigrazione (non coperta dalla libertà di stabilimento) dal punto di vista dello Stato di arrivo. Di conseguenza, una situazione di immigrazione potrebbe verificarsi soltanto quando lo Stato di partenza consenta ad una società nazionale l'emigrazione. La libertà di emigrazione precede, infatti, logicamente il diritto di immigrazione. In tal guisa l'applicazione della libertà di stabilimento resterebbe condizionata a monte dal potere discrezionale degli Stati membri di consentire l'uscita della società dal proprio territorio e in ultima istanza dalle norme di collegamento dello Stato di partenza. Ciò porterebbe ad una situazione nella quale alcuni Stati potrebbero bloccare le società alla frontiera mentre altri ne consentirebbero la libertà di movimento. Questa situazione da un lato sarebbe discriminatoria e dall'altro violerebbe un principio fondamentale del diritto comunitario che vuole che le libertà comunitarie attribuiscano diritti ai cittadini degli Stati membri direttamente contro gli Stati membri stessi.

In terzo luogo, come è stato efficacemente osservato, una analisi comparata della libertà di stabilimento con le altre libertà fondamentali garantite dal Trattato (libertà di circolazione dei beni, libertà di prestazione dei servizi, libertà di circolazione dei capitali, libertà di movimento dei

⁴³² Mentre non darebbe vita ovviamente ad una situazione comunitaria, per esempio, il caso in cui una società intenda spostare la propria sede da un luogo all'altro nell'ambito del proprio ordinamento.

⁴³³ In senso sostanzialmente analogo sembra esprimersi BEHRENS, (nt. 10), p. 514.

lavoratori) mostra come tutte queste libertà comunitarie estendono, anche nella interpretazione della Corte di Giustizia, il loro campo di applicazione sia alle situazioni di immigrazione che a quelle di emigrazione⁴³⁴. Sotto questo profilo la diversa costruzione della libertà di stabilimento da parte della Corte si presenterebbe come una anomalia difficilmente giustificabile.

La tesi esposta trova altresì supporto nelle conclusioni dall'Avvocato Generale Tizzano relative al caso *SEVIC* dove chiaramente si afferma che l'art. 43 TCE proibisce «sia le restrizioni all'entrata sia quelle all'uscita dal territorio nazionale»⁴³⁵. Questa affermazione, sebbene, come si è visto in precedenza, non venga ripresa nella motivazione della Corte, sembra in qualche maniera implicita nella recente pronuncia relativa al caso *Lasteyrie du Saillant*⁴³⁶ dove la Corte ha ritenuto contraria alla libertà di stabilimento l'imposizione di una *exit tax* (tassazione delle plusvalenze latenti ossia non ancora realizzate) che il fisco francese voleva imporre ad un proprio cittadino che aveva trasferito il proprio domicilio fiscale fuori dalla Francia. La Corte, riprendendo la giurisprudenza *Baars*, ricorda come la libertà di stabilimento garantita dall'art. 43 TCE imponga non soltanto di assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante ma osti altresì a «che lo Stato di origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato di uno dei suoi cittadini»⁴³⁷. Sebbene la sentenza *Lasteyrie du Saillant* si riferisse

⁴³⁴ V. RINGE, (nt. 10), pp. 635 ss. Secondo l'A. «*All Treaty freedoms guarantee a twofold protection that comprises outbound and inbound situations*» e «*there are not structural differences between the different fundamental freedoms*» tali da giustificare un diverso trattamento in relazione alla libertà di stabilimento.

⁴³⁵ V. sentenza *SEVIC*, conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, paragrafo 45.

⁴³⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 11 marzo 2004, in causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* francese.

⁴³⁷ V. sentenza *Lasteyrie du Saillant*, paragrafo 42. Inoltre, il divieto di introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento, continua la Corte, si applica anche alle disposizioni fiscali non potendo al riguardo opporsi la carenza di competenza del diritto comunitario nella materia delle imposte dirette. Tale circostanza, infatti, non toglie che gli Stati membri siano tenuti ad esercitare le competenze da essi conservate nel rispetto del diritto comunitario, salvo ovviamente il diritto di invocare la dottrina

alla libertà di stabilimento delle persone fisiche, sono evidenti le analogie con la decisione *Daily Mail* riguardando entrambe le controversie fattispecie di emigrazione. Anche in quel caso, infatti, il Regno Unito intendeva imporre una *exit tax* alla società inglese che intendeva trasferire la sede dell'amministrazione e quindi il proprio domicilio fiscale fuori dal Regno Unito. La Corte, tuttavia, nella propria motivazione ha evitato ogni riferimento a *Daily Mail* e più in generale all'applicabilità dei medesimi principi alla materia delle società. Per questo motivo, resta quantomeno dubbia la possibilità di allargare l'ambito di applicabilità di *Lasteyrie du Saillant* alle società nonostante l'art. 48 TCE estenda in linea di principio alle società la medesima libertà di stabilimento riconosciuta alle persone fisiche⁴³⁸.

Anche da un punto di vista di politica del diritto la distinzione in questione appare ingiustificata. La «dottrina Centros», nella misura in cui afferma la legittimità delle società comunitarie pseudo-straniere, riconosce il diritto dei cittadini di esercitare un'attività commerciale a carattere esclusivamente locale utilizzando una forma giuridica straniera. La giurisprudenza *Daily Mail*, invece, sembra negare la tutela comunitaria all'ipotesi inversa del diritto del cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare un'attività commerciale in un altro Stato membro di utilizzare una

delle esigenze imperative in presenza dei presupposti. Nel caso di specie la giustificazione invocata dal giudice del rinvio e dal Governo francese relativa allo scopo di prevenire l'evasione fiscale non viene ritenuta sufficiente dalla Corte del Lussemburgo.

⁴³⁸ In senso sostanzialmente analogo v. anche MUCCIARELLI, *Seat's transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies' Mobility*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com; Sul punto v., anche, ENRIQUES-GELTER, *How The Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, (nt. 10), p. 37, secondo cui ci sono buone ragioni per ritenere che la Corte applicherà il medesimo ragionamento di *Lasteyrie du Saillant* anche «where a corporation reincorporates or moves to another Member State, although it remains to be seen where exactly the ECJ will draw the line». In senso sostanzialmente analogo v. GELTER, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, p. 268.

forma giuridica domestica. Questa operazione, dunque, sarà possibile soltanto se consentita dal diritto del Paese che ha proceduto alla creazione dell'ente. Anche sotto questo profilo la diversità di trattamento non sembra poter trovare una valida giustificazione. Qualora in concreto l'operazione possa pregiudicare un interesse rilevante di uno Stato membro (per esempio, un interesse di natura fiscale), quest'ultimo resta sempre libero di invocare la dottrina delle esigenze imperative per imporre nel caso concreto una restrizione al trasferimento della sede.

9.4. Emigrazione mediante trasferimento della sede registrata. Il definitivo abbandono della proposta per una quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede.

Per sede registrata deve intendersi il registro pubblico presso il quale la società è iscritta. L'ordinamento comunitario, infatti, presuppone la tenuta da parte di ogni Stato membro di un registro pubblico delle società (prima e undicesima direttiva in materia di diritto societario) e tutti gli Stati membri richiedono alle società di capitali come contropartita del riconoscimento della personalità giuridica l'adempimento di una serie di obblighi di informazione presso il registro stesso a tutela delle varie categorie di *stakeholders* che entrano o possono entrare in contatto con la società (soci, creditori, lavoratori, fisco, consumatori etc.). Come è naturale il registro pubblico presso il quale le società devono essere iscritte è quello del Paese che ha conferito soggettività giuridica all'ente. Lo Stato di incorporazione ha, infatti, l'interesse e la sovranità per regolare soltanto le attività economiche

esercitate nel proprio territorio. E' allora naturale che le società siano regolate dalla legge del Paese nel cui registro pubblico la società è iscritta⁴³⁹.

Per trasferimento della sede registrata si intende generalmente la cancellazione della società dal registro dello Stato di uscita e la contestuale iscrizione della stessa nel registro dello Stato di entrata senza soluzione di continuità, e dunque senza scioglimento nello Stato di uscita e ricostituzione in quello di entrata. Tale trasferimento potrà avvenire prima, contestualmente, dopo o indipendentemente dal trasferimento della sede reale della società. Con riguardo all'operazione in esame problemi si pongono nel caso in cui l'ordinamento di partenza non garantisca la continuità del contratto e subordini la validità di tale operazione al previo scioglimento nello Stato di partenza e alla successiva ricostituzione in quello di arrivo. Qualora sia lo Stato di arrivo a non consentire il trasferimento (consentito invece dallo Stato di partenza) il primo sarà obbligato a consentire l'ingresso della società nel suo ordinamento in virtù della «dottrina Centros». Inoltre, pur nell'ipotesi in cui l'ordinamento di partenza consenta la conservazione della continuità del contratto occorrerà determinare gli eventuali effetti del trasferimento della sede registrata sulla nazionalità della società e in particolare se la società che trasferisce la sede registrata cessi per effetto di tale trasferimento di essere assoggettata alla legge dello Stato di partenza e venga sottoposta a quella dello Stato di

⁴³⁹ Cfr., SCHÖN, (nt. 10), p.139 secondo cui «*there seems to be a convincing public policy rationale behind a rule that would bind together the legal order governing the substantive matters of a company and the place of registration where local authorities monitor and adjudicate on the formalities of company life*». Cfr., anche, MUCCIARELLI, *Seat's transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies' Mobility, working paper*, 2007, reperibile su ssrn.com, secondo il quale, tuttavia, se è vero che uno Stato membro può collegare l'applicabilità della propria legge alla registrazione della società nel proprio Paese è anche vero che «*in order to preserve the coincidence of registered office and applicable law, the country of departure does not need to liquidate the emigrating company or to declare the decision to transfer the seat abroad as void or ineffective as it can allow the emigrating company to change company law, preserving its legal identity*».

arrivo. Molti ordinamenti degli Stati membri negano in vario modo la conservazione della personalità giuridica in seguito al trasferimento della sede registrata (tra questi, la Germania⁴⁴⁰, il Regno Unito⁴⁴¹, l'Olanda⁴⁴² e l'Irlanda⁴⁴³) mentre altri la subordinano al contestuale trasferimento della sede reale (ad esempio, la Francia⁴⁴⁴, il Belgio⁴⁴⁵, la Spagna, il Portogallo e il Lussemburgo). L'Italia, come è noto, consente questa operazione a condizione di reciprocità. La Corte non ha, invece, fino ad oggi mai affrontato la questione del trasferimento della sede registrata. Tuttavia, come si è detto in precedenza, il ragionamento della Corte nella sentenza *Daily Mail*, confermato anche dalla decisione *Überseering*, tutto incentrato sulla sovranità dello Stato sembra doversi estendere necessariamente anche al caso del trasferimento della sede registrata. La Corte omette, infatti, di distinguere le due ipotesi esaminate.

Con riguardo alla domanda se il trasferimento della sede registrata comporti necessariamente mutamento della nazionalità e della legge applicabile la risposta, alla luce di quanto detto, sembra dover essere positiva. Il collegamento tra sede registrata e legge applicabile, infatti, oltre ad essere espressamente riconosciuto dalla undicesima direttiva, sembra corrispondere ad esigenze pratiche difficilmente contestabili. Per esempio, non si potrebbe imporre ad un cittadino italiano o al fisco italiano creditore di una società a responsabilità limitata italiana (per ipotesi) con sede a

⁴⁴⁰ V. GROSSFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1998, pp. 42 ss.

⁴⁴¹ V. COLLIER, *Conflict of Laws*, seconda edizione, 1994, p. 61; FARNSWORTH, *The Residence and Domicile of Corporations*, 1939, p. 230.

⁴⁴² V. TIMMERMAN, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach niederländischem Recht und die 14. EU-Richtlinie*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 152 ss.

⁴⁴³ V. KEANE, *Company Law in the Republic of Ireland*, seconda edizione, 1991, pp. 99 ss.

⁴⁴⁴ V. MAYER, *Droit international privé*, sesta edizione, 1998, pp. 1062 ss.

⁴⁴⁵ V. WYMEERSCH, *Die Sitzverlegung nach belgischem Recht*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1999, pp. 136 ss.

Londra di notificare un atto di citazione o un avviso di accertamento contro quella società a Londra o a rivolgersi al *Companies House* inglese per ottenere informazioni circa la società con cui intende contrattare. Certo tali problemi sarebbero forse superabili mediante l'istituzione di un unico registro delle società al livello europeo, con informazioni accessibili in tutte le lingue dell'Unione. Tuttavia, in mancanza di un tale sistema pubblicitario il principio del collegamento tra sede registrata e legge applicabile e il conseguente mutamento di nazionalità di una società che sposta all'estero la propria sede registrata sembra essere incontestabile.

Ciò premesso, la domanda che occorre porsi è se il diritto comunitario riconosca o meno alle società comunitarie (*rectius* alle persone fisiche che costituiscano una società secondo il diritto di uno Stato Membro) il diritto di cambiare la legge applicabile ad una società.

La Corte, pur avendone avuto l'occasione in passato⁴⁴⁶, non si è mai pronunciata sul punto, anche se probabilmente non potrà evitare di farlo a seguito di una domanda di interpretazione pregiudiziale recentemente proposta da un Tribunale ungherese nella quale si chiede se l'ambito di applicazione della libertà di stabilimento si estenda altresì al trasferimento della sede registrata e, in caso di risposta positiva alla prima domanda, se il cambio di sede possa essere assoggettato a taluni tipi di requisiti o di autorizzazioni da parte dello Stato di partenza o di quello di arrivo⁴⁴⁷.

La fattispecie del trasferimento della sede registrata all'estero costituisce, inoltre, oggetto di una proposta della Commissione del 1997,

⁴⁴⁶ La Corte non ha voluto pronunciarsi su una domanda di interpretazione pregiudiziale proposta da un Tribunale amministrativo tedesco ed avente ad oggetto il trasferimento della sede registrata di una società tedesca in Spagna. V. la pronuncia di rigetto della Corte di giustizia nella controversia *HSB-Wohnbau GmbH*, in causa C-86/00.

⁴⁴⁷ V. la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Szegedi Ítéltábla* (Tribunale d'appello di Seghedino - Ungheria) il 5 maggio 2006, in causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Betéti Társaság*.

tutt'ora pendente, per un progetto di una quattordicesima direttiva sul diritto delle società relativa al trasferimento della sede da uno Stato membro ad un altro con cambio di legge applicabile⁴⁴⁸. L'obiettivo della direttiva sarebbe quello di rendere possibili tali operazioni transfrontaliere senza obbligo di previo scioglimento nello Stato di partenza e successiva ricostituzione nello Stato di arrivo.

Come si è visto in precedenza, la «dottrina *Centros*» ha affermato in modo ormai inequivocabile la libertà di scelta della legge societaria più favorevole in sede di costituzione di una società svincolando completamente il collegamento economico della società con l'ordinamento di costituzione. Come ha rilevato la Corte, «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento»⁴⁴⁹. E ciò finanche nel caso in cui lo stabilimento secondario celi in realtà uno stabilimento primario svolgendo la società la propria attività esclusivamente attraverso lo stabilimento secondario.

Inoltre, nel paragrafo precedente si è visto come il trasferimento della sede reale non dovrebbe implicare un cambiamento della legge applicabile alla società e ciò a prescindere dal criterio di collegamento adottato dal Paese di stabilimento.

Non sembra, invece, a prescindere dalla rilevanza che si voglia dare a *Daily Mail*, che allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento

⁴⁴⁸ Il testo in lingua inglese è reperibile su <http://www.uv.es/cde/TEXTOS/14thCLDd.pdf>. Sulla proposta v. WYMEERSCH, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, (nt. 10), pp. 1 ss.; LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, (nt. 10), pp. 375 ss.; KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, (nt. 10), pp. 234 ss.; EBKE, *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Übersserring, Inspire Art and Beyond*, (nt. 10), pp. 24 ss.; FROST, (nt. 10), p. 374; JOHNSTON, (nt. 10), pp. 91 ss.

⁴⁴⁹ Sentenza *Centros*, punto 27.

comunitario il diritto comunitario possa essere invocato per rivendicare la legittimità di un trasferimento della sede registrata in un altro ordinamento comunitario con conseguente mutamento della legge applicabile senza previo scioglimento nello Stato di partenza e ricostituzione nello Stato di arrivo^{450 451}.

In primo luogo riconoscere un tale diritto andrebbe finanche oltre la formulazione letterale dell'art. 43 TCE, che estende alle società la medesima libertà di stabilimento riconosciuta alle persone fisiche. Infatti, il diritto comunitario impone agli Stati membri di riconoscere il diritto dei cittadini comunitari di stabilirsi ovunque vogliano nell'ambito del territorio comunitario ma non riconosce certo a questi ultimi il diritto di modificare a scelta la propria nazionalità stabilendosi in un altro ordinamento comunitario⁴⁵².

In secondo luogo, scopo del progetto di proposta di quattordicesima direttiva proprio quello di rendere possibile la mobilità delle società in Europa attraverso il trasferimento della sede da uno Stato all'altro con cambiamento della legge applicabile proprio sul presupposto che allo stato attuale un'operazione del genere non sia coperta dal diritto comunitario⁴⁵³. Questa circostanza comunque non impedirebbe certamente alla Corte di Giustizia di fornire una diversa e più ampia interpretazione della libertà di stabilimento⁴⁵⁴. Ma questo non è il caso. Al contrario, come si è rilevato in

⁴⁵⁰ *Contra v.*, MUCCIARELLI, *op. ult. cit.*, p. 24.

⁴⁵¹ Va da sé come ciò non precluda che un tale effetto possa verificarsi quando entrambi gli Stati interessati consentano questo tipo di operazioni.

⁴⁵² V., anche, MUCCIARELLI, (nt. 10), p. 23, il quale arriva tuttavia a conclusioni opposte.

⁴⁵³ V. Proposta di quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede del 22 aprile 1997, in *European Report* n. 2282 del 14 gennaio 1998, p. 17, («*the objective of making it possible for a registered office to be transferred cannot be satisfactory achieved by the Member States in isolation*»).

⁴⁵⁴ Nella sentenza *SEVIC* la Corte, con riguardo alle fusioni transfrontaliere (ma l'argomento sembra avere carattere generale), ha affermato che «benché senz'altro utili a facilitare le fusioni

precedenza, la Corte ha più di una volta confermato la tesi restrittiva già affermata in *Daily Mail*.

In terzo luogo, in mancanza di armonizzazione comunitaria sul punto, il trasferimento della sede registrata potrebbe pregiudicare gli interessi di alcune categorie di *stakeholders* che resterebbero necessariamente coinvolti in questo tipo di operazioni transfrontaliere. In particolare, i creditori sociali che in conseguenza del cambiamento della legge applicabile potrebbero vedere ridotte le garanzie del loro credito qualora l'ordinamento di arrivo stabilisca un minor grado di protezione per tutte o per alcune categorie di creditori⁴⁵⁵ e i soci di minoranza che per effetto del regime di *governance* del Paese di stabilimento potrebbero subire un alteramento del contratto sociale al quale avevano aderito e delle condizioni di rischio originariamente connesse al loro investimento nella società, o una diminuzione dei propri diritti sociali. Inoltre, nei Paesi che prevedono forme obbligatorie di partecipazione dei lavoratori all'amministrazione della società (come per esempio, la Germania e la Svezia), il trasferimento della sede registrata potrebbe trasformarsi come tecnica per eludere l'applicazione di tali discipline. Anzi è facilmente intuibile come il riconoscimento *tout court* della legittimità di una operazione del genere provocherebbe una vera e propria fuga delle società verso Paesi con legislazioni più liberali.

Infine, e l'argomento sembra determinante, affermare il diritto delle società di mutare la legge applicabile in mancanza di una normativa di armonizzazione significherebbe rendere vane le tutele previste dalla

transfrontaliere, le regole di armonizzazione non possono essere erette a presupposto per l'attuazione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 e 48 TCE». V., sentenza *SEVIC*, paragrafo 26.

⁴⁵⁵ Per una comparazione fra il sistema di protezione dei creditori tedesco e quello inglese v., per esempio, SCHALL, *The UK Limited Company Abroad. How Foreign Creditors Are Protected after Inspire Art (Including a Comparison of UK and German Creditor Protection Rules)*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 1534 ss.

direttiva sulle fusioni transfrontaliere. La direttiva, consente, infatti, di raggiungere risultati analoghi al trasferimento della sede registrata. Tuttavia, come si dirà a breve, essa stabilisce come contropartita una serie di regole a protezione delle varie categorie di *stakeholders* che possono essere pregiudicate dall'operazione.

Il preambolo della proposta per una quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede sociale di una società da uno Stato membro all'altro con cambiamento della legge applicabile del 1997 sottolinea che allo stato attuale del diritto comunitario il risultato di rendere possibile tale trasferimento non può essere raggiunto individualmente dagli Stati membri.

La proposta era allora un tentativo di risolvere, già allora, il problema del trasferimento della sede sociale. Tuttavia, la direttiva in questione non implicherebbe nel testo attuale l'armonizzazione delle norme di conflitto degli Stati membri i quali potrebbero continuare ad applicare le proprie regole di diritto internazionale privato per impedire l'emigrazione delle società costituite nel proprio ordinamento. Scopo della direttiva sarebbe soltanto quello di consentire il trasferimento della sede sociale da uno Stato membro all'altro con conservazione della personalità giuridica e dunque senza necessità di liquidazione della società nello Stato di partenza. Dopo il trasferimento della sede sociale, la società emigrante diverrebbe soggetta alla legge dello Stato di arrivo.

L'approvazione della proposta nel testo attuale sembra, tuttavia, oggi inutile dato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento va molto oltre quanto previsto dalla direttiva.

Lo stesso Commissario McCreevy ha recentemente affermato di fronte al Parlamento il definitivo abbandono della quattordicesima direttiva.

10. Effetti della «dottrina Centros» sul diritto internazionale privato degli Stati membri.

Prima della pronuncia relativa al caso *Centros*, era opinione diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza nazionale e comunitaria che le diverse costruzioni internazionalprivatistiche in materia di società (quella della sede reale, quella della incorporazione nonché le forme combinate delle precedenti) fossero tutte compatibili con l'ordinamento comunitario e potessero, quindi, coesistere in tale ambito. Pertanto gli Stati membri ritenevano di poter regolare liberamente il diritto internazionale privato delle società senza dover prevedere un trattamento diverso per le società comunitarie. Questa opinione trovava supporto nella più volte ricordata sentenza *Daily Mail* che avrebbe implicitamente riconosciuto non soltanto la compatibilità della teoria della sede reale con il diritto comunitario ma più in generale la piena sovranità degli Stati membri in materia di diritto internazionale privato societario.

La «dottrina *Centros*» ha evidentemente inciso in maniera sostanziale sull'applicazione del diritto internazionale privato degli Stati membri, anche se, come si è detto in precedenza, essa non si è pronunciata espressamente sui rapporti fra diritto internazionale privato e diritto interno⁴⁵⁶.

Gli studiosi che si sono occupati del tema della compatibilità del diritto internazionale privato con il diritto interno sono soprattutto i tedeschi, data la tradizionale e rigida applicazione in quel Paese della

⁴⁵⁶ V., *ex multis*, BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, (nt. 10), p. 669; BENEDETTELLI, *Diritto internazionale private delle società e ordinamento comunitario*, (nt. 10), pp. 216 ss.; KLINKE, (nt. 10), («without saying a word about conflict of laws, the Court intervened deeply in it»).

*Sitztheorie*⁴⁵⁷. Tuttavia, la questione ha determinato un ampio dibattito in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali ove prevalgono la teoria della sede reale, in quelli ove la teoria dell'incorporazione viene applicata in modo asimmetrico e in quelli che comunque prevedono norme contro l'ingresso delle società pseudo-straniere o limiti alla mobilità delle società comunitarie (si pensi, infatti, che *Daily Mail*, *Centros* e *Inspire Art* gli ordinamenti coinvolti applicavano tutti la teoria della costituzione).

E' stato osservato che mentre la teoria dell'incorporazione non presenta di per sé profili di incompatibilità comunitaria, la teoria della sede reale sarebbe, invece, la principale vittima della «dottrina *Centros*» giacché consentendo solo alle società costituite nel territorio dello Stato ospitante di impiantarvi la sede amministrativa principale violerebbe il principio di non discriminazione e la libertà di stabilimento garantita dal Trattato impedendo nella sostanza ogni forma di scelta della *lex societatis* e quindi di concorrenza fra ordinamenti giuridici⁴⁵⁸. A tale riguardo tra i tedeschi qualcuno ha

⁴⁵⁷ Un'ampia bibliografia sugli effetti della «dottrina *Centros*» sul diritto internazionale privato degli Stati membri è rinvenibile, *supra*, nt. 10. V., MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 568, «la questione è stata particolarmente sentita in Germania anche perché il suo ordinamento societario è probabilmente il più restrittivo dell'Europa continentale per quanto riguarda la tutela del patrimonio delle GmbH ed in tale maniera dei terzi creditori sicché la eventuale incompatibilità della teoria della sede con la libertà di stabilimento ed una apertura delle *Scheinaulandsgesellschaften* ed alla concorrenza tra ordinamenti è avvertita come fenomeno in grado di stravolgere la concezione di fondo del diritto societario».

⁴⁵⁸ In questo senso si esprime la dottrina tedesca maggioritaria. V., *ex multis*, BEHRENS, *Das Internationale Gesellschaften nach dem Centros Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, pp. 323 ss.; KERSTING-SCHINDLER, (nt. 10), p. 1282; FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, pp. 267 ss.; SANDROCK, *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in *Betriebsberater*, 1999, pp. 1337 ss. Il medesimo orientamento è diffuso anche nella dottrina italiana. V., *ex multis*, BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, (nt. 10), p. 669, pp. 694 ss.; PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, (nt. 10), p. 129; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, (nt. 10), p. 92; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento e concorrenza tra ordinamenti societari*, (nt. 10), pp. 573.

scritto, con espressione enfatica, «*Die Sitztheorie ist tot*»⁴⁵⁹. Questo orientamento è stato accolto dalla Suprema Corte tedesca (BGH) che, a partire da una decisione del 2004, sembra aver abbandonato la *Sitztheorie* in vigore fino ad allora a favore della *Gründungstheorie*⁴⁶⁰. Altrettanto aveva fatto già qualche anno prima la Corte Suprema austriaca⁴⁶¹. Anche il c.d. «rapporto Winter», ovvero il *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* del 4 novembre 2002, nominato dalla Commissione europea, è stato esplicito nell'affermare che la dicotomia fra teoria della sede reale e teoria della costituzione deve essere considerata un ostacolo allo sviluppo del diritto societario comunitario⁴⁶². Lo stesso rapporto sottolinea, inoltre, che la necessaria armonizzazione delle discipline nazionali non sarà mai compiutamente perseguibile senza un'adesione chiara e risolutiva alla teoria dell'incorporazione.

Che la teoria della sede reale provochi spesso conseguenze giuridiche contrarie alla libertà di stabilimento è stato già dimostrato quando si sono affrontate le questioni relative al trasferimento della sede amministrativa all'estero. Si è anche argomentato in quella sede che, contrariamente a quanto stabilito dalla Corte, non sembra ragionevole consentire un trattamento più sfavorevole per i casi di emigrazione rispetto a quelli di

⁴⁵⁹ V. SANDROCK, *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine Kollisions- und materiellrechtliche Bilanz*, Deutsches Gesellschaften im Wettbewerb der Rechtsordnungen, a cura di Sandro e Wetzler, Heidelberg, 2004, p. 33, richiamato da PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 129.

⁴⁶⁰ V. le sentenze del *Bundesgerichtshof* (BGH) del 14 marzo 2004 e del 5 luglio 2004, commentate nella sezione *notizie* della *Riv. soc.*, 2005, p. 953 e p. 1593.

⁴⁶¹ V. OGH, in *GesRZ*, 1999, p. 248. Sul punto v. NOWOTNY, *OGH anerkennt Niederlassungsfreiheit für EU-/EWR-Gesellschaften. Die Centros-Entscheidung des EuGH zwingt zur Abkehr von der Sitztheorie*, in *ÖRdW*, 1999, p. 697.

⁴⁶² *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* del 4 novembre 2002, capitolo 6, paragrafo 2.1., reperibile su www.europa.eu. Per un commento al Rapporto da parte di uno dei suoi redattori v. HOPT, *European Company Law and Corporate Governance: Where Does the Action Plan of the European Commission Lead?*, *working paper*, 2005, reperibile su ssrn.com.

immigrazione con riguardo al trasferimento della sede amministrativa in ambito intracomunitario. Mentre non deve ritenersi coperto dalla libertà di stabilimento il trasferimento della sede registrata con cambiamento della legge applicabile.

Quello che preme adesso osservare è, invece, la sterilità in concreto del dibattito sulla dicotomia «teoria della costituzione» *versus* «teoria della sede reale» che mira ad affermare la illegittimità comunitaria della seconda e la validità della prima per concludere che l'unico criterio di collegamento possibile in materia societaria per le società comunitarie è quello del luogo di costituzione. Anche se certo non si può negare il *favor* dell'ordinamento comunitario verso quest'ultimo.

L'affermazione emerge dal fatto che nella realtà i criteri di collegamento richiamati vengono raramente applicati nella loro versione pura ma sono più spesso temperati da eccezioni che ne modificano in modo radicale il meccanismo di funzionamento.

In primo luogo, tanto l'*enforcement* quanto le conseguenze applicative concrete delle norme di collegamento sono le più varie. Per esempio, sebbene l'Italia stabilisca in linea di principio l'applicazione della propria legge alle società che hanno la sede reale in Italia, tale norma non è fino ad oggi mai stata applicata in maniera conseguente e la stessa giurisprudenza su di essa è scarsissima e provocata da casi molti particolari⁴⁶³. Quindi, assumere in astratto le conseguenze che l'applicazione di una determinata normativa nazionale comporta costituisce un esercizio spesso privo di riscontro pratico.

In secondo luogo, anche gli ordinamenti che in via di principio applicano la teoria della costituzione contengono spesso disposizioni volte a

⁴⁶³ Così, BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale dopo la riforma*, (nt. 10), pp. 155-156.

contrastare le società pseudo-straniere e a proteggere interessi locali (dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori e del fisco). Si è visto anzi, come ben tre dei quattro *leading case* della Corte di giustizia concernevano ordinamenti che applicavano tutti la teoria della incorporazione (*Daily Mail*, *Centros*, *Inspire Art*). Sotto questo profilo anche i sistemi che si fondano sulla *incorporation theory* corrono il rischio di incompatibilità con il diritto comunitario. Si pensi al caso di una società costituita in un Paese aderente alla *Sitztheorie* (per esempio, la Germania) che trasferisca la propria sede reale in un ordinamento che adotta la teoria della costituzione (per esempio, l'Inghilterra). Questa società non sarebbe considerata inglese dalla Germania né tedesca dall'Inghilterra diventando così di fatto apolide. Tuttavia, l'Inghilterra non potrà rifiutare a tale società l'accesso alla propria giustizia opponendole che in virtù del rinvio che la legge inglese fa a quella tedesca la società deve considerarsi come inesistente non essendosi ricostituita secondo la propria legge. Incompatibile con il diritto comunitario, quindi, non è di per sé un determinato criterio di collegamento adottato da uno Stato membro poiché il diritto comunitario in virtù del principio di sussidiarietà tutela l'interesse degli Stati membri di determinare non soltanto il contenuto del proprio diritto societario ma anche il i suoi limiti di applicazione nello spazio⁴⁶⁴, quanto piuttosto il suo effetto di restringere in concreto la libertà di stabilimento che la sua applicazione comporterebbe. Il controllo di legittimità comunitaria interviene, infatti, in un momento successivo rispetto alla determinazione della legge applicabile da parte delle norme conflitto e riguarda non il metodo seguito per determinare la legge applicabile quanto

⁴⁶⁴ V. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, (nt. 10), p. 220.

piuttosto il risultato dell'applicazione stessa⁴⁶⁵. Contraria alla libertà comunitaria di stabilimento non è quindi di per sé la norma di conflitto di un determinato Stato membro ma la legge materiale dichiarata applicabile. Il principio espresso dalla Corte sembra in sostanza essere quello per cui le disposizioni nazionali (a prescindere dalla loro appartenenza al diritto materia o al diritto internazionale privato) non possono in alcun caso avere l'effetto di restringere le libertà comunitarie⁴⁶⁶.

In terzo luogo, l'ordinamento comunitario riconosce il diritto degli Stati membri di introdurre limitazioni all'ingresso delle società pseudo-straniere, pur nel rispetto dei limiti della dottrina *Cassis de Dijon*. Gli Stati membri possono introdurre queste limitazioni o mediante norme sulla legge applicabile o tramite disposizioni di diritto materiale sul trattamento dello straniero. Anche sotto questo profilo, dunque, l'argomento della incompatibilità in astratto della teoria della sede è privo di riscontro.

Sembra quindi abbastanza condivisibile la posizione della Corte che ha fino ad oggi evitato di sbilanciarsi in affermazioni generiche circa la compatibilità dei criteri di collegamento in materia di società con la libertà di stabilimento e ha, invece, preferito verificar caso per caso la legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali incriminate.

Autorevole dottrina ha ritenuto di poter derivare dalle norme sulla libertà di stabilimento un nuovo concetto definito come «teoria della costituzione comunitaria» secondo cui «quando una società si costituisce

⁴⁶⁵ V. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, (nt. 10), p. 684, che richiama TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 476.

⁴⁶⁶ V. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 91-91, il quale osserva che «l'obiettivo del Trattato di Roma, così come riformulato a Maastricht, di fare dell'Europa un mercato unico, cioè il mercato interno delle imprese europee, sarebbe in partenza frustrato se le imprese di Stati membri diversi fossero considerate, dal diritto degli Stati membri, alla stessa stregua delle imprese estere, e fossero sottoposte alle medesime norme di diritto internazionale privato applicabili alle imprese extraeuropee».

secondo l'ordinamento di uno Stato membro, tutti gli altri Stati membri devono ammetterla nel loro territorio, anche se la società non è più qualificabile come società domestica per l'ordinamento di originaria costituzione»⁴⁶⁷. Questa affermazione, così come espressa, sembra in realtà incompleta. Essa, infatti, sembrerebbe accogliere una versione «pura» della teoria della costituzione tale da coprire anche il trasferimento della sede registrata e dunque il cambiamento della legge applicabile, senza tenere conto del fatto che, come si è dimostrato in precedenza, la libertà di stabilimento non copre questo trasferimento. Infatti, qualora una società sia stata costituita secondo la legge di uno Stato membro ma abbia successivamente trasferito la propria sede registrata in un altro Stato membro la legittimità di tale operazione andrà valutata alla luce del diritto internazionale privato degli Stati interessati finanche nel caso in cui la conseguenza sia la perdita della personalità giuridica della società. E questo trasferimento allo stato attuale del diritto comunitario non può che comportare un cambiamento della legge applicabile. Potrebbe, invece, forse più correttamente parlarsi di una «teoria della sede registrata comunitaria», secondo cui una società comunitaria è regolata dalla legge del Paese membro presso il cui registro delle imprese essa risulta iscritta, a prescindere dalla effettiva localizzazione della sede reale. Quanto all'obiezione secondo cui non potrebbe essere «concepibile l'esistenza di una società commerciale prescindendo dalla valutazioni della *lex societatis* applicabile all'ente»,

⁴⁶⁷ Così, WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, (nt. 10), pp. 748 ss. Per una critica a questa impostazione v., BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, (nt. 10), p. 210, nota 12, secondo cui essa «oltre ad essere probabilmente fondata su una serie di errate premesse teoriche (che sia concepibile l'esistenza di una società commerciale prescindendo dalle valutazioni della *lex societatis* applicabile all'ente; che l'ordinamento comunitario possa procedere esso stesso direttamente alla costituzione di società di diritto statale; che l'art. 48 contenga veri e propri criteri di collegamento internazionalprivatistici)» risulterebbe altresì «in palese contrasto con la *policy* sottesa alla stessa dottrina *Centros* di valorizzazione dei diritti societari statali in vista della loro concorrenza in seno al mercato unico».

potrebbe replicarsi che in realtà l'effetto del diritto comunitario non è quello di procedere esso stesso in modo diretto alla costituzione di una società di diritto statale o di imporre un determinato criterio di collegamento, quanto piuttosto quello di rendere inapplicabile una disposizione nazionale che pretende di inficiare l'esistenza di una società per il solo fatto che questa si sia stabilita in un diverso Stato membro. In altre parole la creazione di una società spetta esclusivamente al diritto statale, mentre la sua estinzione quando dipende dall'emigrazione viene protetta dallo scudo del diritto comunitario. E l'interesse comunitario a questa conservazione è evidente: l'ordinamento comunitario ha creato le basi per un mercato unico inteso nel senso di luogo ideale dove vengono scambiati beni, servizi e capitali, e ha introdotto, nell'ottica del principio di sussidiarietà, regole giuridiche volte ad eliminare o ridurre al minimo indispensabile le barriere o gli ostacoli alla libertà economica degli operatori. Gli attori di questo mercato sono le persone sia fisiche che giuridiche. Mentre la creazione delle prime costituisce un fatto naturale del quale un ordinamento statale si limita a prendere atto, la creazione delle seconde avviene proprio per atto di imperio dello Stato che è libero di stabilire le condizioni per la creazione. Tuttavia, una volta dato vita ad una persona giuridica questa prenderà parte alla vita economica del mercato unico ragion per cui l'interesse a che questa società non venga discriminata a causa del proprio stabilimento in un qualsiasi Stato membro diverso da quello di costituzione trascende quello del singolo Stato e investe quello dell'ordinamento comunitario.

Da ultimo sembra interessante rilevare come l'orientamento liberale della Corte di giustizia non trovi riscontro nella legislazione comunitaria, anche in quella più recente. Infatti, la tendenza del legislatore comunitario quando si trova a dover scegliere fra i criteri di collegamento in materia

societaria ai fini dell'applicazione di una determinata disciplina di nuova introduzione è indubbiamente quella di attribuire rilevanza alla sede reale piuttosto che a quella legale. Ciò è riscontrabile, come si vedrà meglio in seguito, non soltanto nel Regolamento CEE 2137/85, del Consiglio, del 25 luglio 1985 relativo al GEIE (Gruppo Europeo di Interesse Economico), ma anche e soprattutto nei Regolamenti CE 2157/2001 e 1435/2003 rispettivamente in tema di statuto della SE (Società europea) e della SCE (Società cooperativa europea). In tutti questi casi, infatti, il legislatore comunitario ha stabilito come criterio rilevante per la determinazione della legge applicabile quello dell'amministrazione centrale. E, con riguardo alla SE e della SCE, ha previsto come sanzione per il caso di dissociazione fra sede sociale e sede dell'amministrazione centrale della società addirittura la liquidazione della stessa (art. 64 Regolamento SE e art. 73, secondo comma, Regolamento SCE).

11. Possibilità di aggirare il divieto di trasferimento della sede registrata.

Sebbene la necessità di differenziazione tra casi di emigrazione e casi di immigrazione sembri innegabile alla luce dell'orientamento attuale della Corte e nonostante il ragionamento che sta alla base del divieto di trasferimento della sede registrata sembri essere quantomeno condivisibile, deve adesso rilevarsi che in seguito all'emanazione della sentenza *SEVIC* e all'approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere del 26 ottobre 2005 che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 15 dicembre 2007⁴⁶⁸, la distinzione in oggetto è diventata di oggi aggirabile. Infatti, una volta ammessa la legittimità delle fusioni transfrontaliere in ambito

⁴⁶⁸ Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

comunitario una società che voglia trasferire la propria sede registrata in un altro ordinamento comunitario con conseguente cambiamento della legge applicabile potrebbe trasformare la fattispecie emigratoria in fattispecie immigratoria mediante la costituzione di una società veicolo nel Paese stabilimento con la quale al prima società si fonderà (fusione verticale inversa⁴⁶⁹). I soci della società controllante incorporata che si scioglie riceveranno azioni della società controllata incorporante. La società in questo modo acquisisce indirettamente la nazionalità del Paese di stabilimento senza necessità di sciogliersi nello Stato di partenza e ricostituirsi in quello di arrivo.

Con riguardo all'ordinamento italiano, un'operazione del genere permetterebbe, inoltre, di eludere l'applicazione dell'art. 2437 c.c. che attribuisce ai soci il diritto di recesso per il caso di delibera di trasferimento della sede sociale all'estero.

La società risultante dalla fusione potrà contestualmente istituire una succursale nello Stato di uscita che, conformemente ai principi elaborati nella «dottrina *Centros*», potrà anche essere l'unica sede operativa della società. Questo, come è noto, è lo strumento giuridico utilizzato negli Stati Uniti per effettuare le reincorporazioni nel Delaware⁴⁷⁰ (e non solo) dove infatti la distinzione tra fattispecie emigratorie e fattispecie immigratorie non sembra avere alcuna rilevanza nonostante anche lì alcuni ordinamenti statali come per esempio lo Stato di New York o lo Stato della California possiedono una legislazione contro le società pseudo-straniere⁴⁷¹. Certo un'operazione del genere presenta, come si vedrà, dei costi burocratici e di

⁴⁶⁹ Per fusione inversa si intende l'operazione con cui una società interamente controllata ingloba la società madre.

⁴⁷⁰ V. DAMMANN, (nt. 10), p. 20.

⁴⁷¹ Il grado di *enforcement* di questi *anti pseudo-foreign corporations statutes* è comunque molto basso.

transazione non indifferenti che possono indubbiamente scoraggiare le reincorporazioni specialmente per le imprese di minori dimensioni.

Un altro strumento per realizzare il trasferimento della sede registrata con cambiamento della legge applicabile potrebbe essere poi la costituzione di un Società europea (SE) ai sensi del Regolamento n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001, entrato in vigore l'8 ottobre 2004, relativo appunto allo statuto della Società Europa (SE)⁴⁷². Esaminiamo separatamente le due ipotesi, non senza aver premesso che la SE non risolve in realtà in maniera soddisfacente il problema del trasferimento della sede.

11.1. Costituzione di una Società europea (SE).

La SE è un modello di società per sua natura sovranazionale, che qualsiasi impresa può adottare secondo lo Statuto previsto dal Regolamento 2157/2001. La Società europea può essere costituita: *a)* mediante fusione di più società per azioni o SE quando almeno due di esse abbiano la sede effettiva in Stati membri differenti (art. 2, paragrafo 1 e art. 3, paragrafo 1, Regolamento SE); *b)* per effetto della trasformazione di una società per azioni di diritto nazionale che abbia da almeno due anni un'affiliata (non sarebbe dunque sufficiente una succursale) soggetta alla legge di un altro

⁴⁷² V. MIOLA, *Lo Statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 322 ss. Sulla Società europea v. ENRIQUES, *Capitale azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 375 ss.; RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 965 ss.; AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 689 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA-GURRADO, *La Società europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata*, in *Giur. comm.*, 2004, pp. 1 ss.; EBERT, *La società per azioni europea al "level playing field" dell'Unione Europea*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. ss. 2 ss. Nella letteratura in lingua inglese v., *ex multis*, LOMBARDO-PASOTTI, *The Societas Europea: a Network Economics Approach*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, pp. 169 ss.; *The European Company all over Europe*, a cura di Krzysztof Oplustil e Christoph Teichmann, Berlin, 2004.

Stato membro (art. 2, paragrafo 4, Regolamento SE); *c*) mediante creazione di una holding da parte di più società per azioni, SE o società a responsabilità limitata quando almeno due di esse siano soggette alla legge di Stati membri differenti ovvero abbiano da almeno due anni un'affiliata in uno Stato membro diverso da quello della loro sede effettiva (art. 2, paragrafo 2, e art. 3, paragrafo. 1, Regolamento SE). Tecnicamente questa operazione si realizza con il conferimento delle partecipazioni delle società promotrici nella costituenda SE, che diventa in tal modo controllante delle società conferenti; *d*) tramite costituzione di una affiliata comune da parte di una società di diritto nazionale, di una SE o di altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato, delle quali almeno due abbiano la sede effettiva in Stati membri diversi ovvero abbiano da almeno due anni una affiliata in uno Stato membro diverso da quello della loro sede effettiva. Da un punto di vista tecnico, l'operazione viene realizzata con un conferimento delle società residenti promotrici a favore della costituenda SE (art. 2, paragrafo 3 e art. 3, Regolamento SE).

Indipendentemente dalla forma di costituzione, dunque, alla costituzione di una società europea devono sempre partecipare società con un collegamento istituzionale con almeno due Stati membri (plurinazionalità obbligatoria)⁴⁷³.

La SE è regolata in parte da un nucleo di norme di elaborazione comunitaria e in parte da norme di produzione interna dei singoli Stati⁴⁷⁴. Le norme di produzione interna applicabili sono quelle dello Stato nel quale la SE abbia la sua sede effettiva. La sede reale costituisce quindi il criterio di collegamento rilevante per la determinazione della legge applicabile alla

⁴⁷³ V. EBERT, (nt. 10), p. 5.

⁴⁷⁴ Cfr. MIOLA, (nt. 185), p. 323.

SE⁴⁷⁵. Ciò porta già a restringere le possibilità offerte dalla costituzione di una SE nella misura in cui non permette in sede di costituzione di separare la sede sociale della società (e quindi la legge applicabile) dalla sede reale della stessa, operazione, invece, possibile in base ai principi della «dottrina Centros» per le società comunitarie che godono della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 48 TCE. Sotto questo profilo, il Regolamento si presta a censure di incompatibilità con l'ordinamento comunitario.

Si tenga presente, inoltre, che fatte salve le disposizioni del Regolamento 2157/2001, la SE «è trattata in ciascuno Stato membro come una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale» (art. 10 Regolamento SE). Essa resta quindi un modello disegnato per le società di capitali di dimensioni maggiori che operano in tutta l'Europa e non soddisfa le esigenze delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata di dimensioni medie e piccole⁴⁷⁶.

Vediamo adesso se e in quale misura il Regolamento comunitario permetta di utilizzare la SE per consentire ad una società di diritto nazionale preesistente la possibilità effettuare arbitraggi normativi nel corso della sua vita. Come è noto, l'art. 8 del Regolamento ha previsto espressamente che la sede sociale della SE possa essere trasferita in un altro Stato membro senza che tale trasferimento dia luogo a scioglimento o a «costituzione di una nuova persona giuridica». Il procedimento è, tuttavia, alquanto complesso. In primo luogo, l'organo di direzione o di amministrazione della SE deve

⁴⁷⁵ Il Regolamento SE parla in realtà di «sede amministrativa», senza tuttavia definirne il concetto. Ci si potrebbe allora chiedere cosa debba intendersi esattamente con tale espressione e se essa vada intesa alla luce della giurisprudenza degli Stati membri coinvolti?.

⁴⁷⁶ Per le imprese di piccole e medie dimensioni è tutt'ora in corso un progetto per l'introduzione di una *société privée européen* che riprende nella sostanza il modello originario della Società europea ed in particolare l'idea di una «disciplina di matrice esclusivamente sovranazionale e uniforme». Sul punto v. MIOLA, (nt. 185), p. 353, ove tra l'altro ampia bibliografia.

redigere un piano di trasferimento e un rapporto di trasferimento nonché pubblicare il piano di trasferimento. La deliberazione di trasferimento deve essere approvata dall'assemblea generale della SE a maggioranza qualificata. Successivamente, il tribunale competente dello Stato di partenza della SE dovrà rilasciare un certificato di osservanza di tutte le disposizioni della procedura di trasferimento. Una volta emesso tale certificato, un notaio o altra autorità competente nello Stato di arrivo potrà iscrivere la SE nel registro delle imprese della nuova sede. Lo Stato di partenza può impedire tale trasferimento soltanto presentando una opposizione da presentarsi entro 60 giorni dalla pubblicazione del progetto di trasferimento e che deve essere motivata da «motivi di interesse pubblico» (art. 14, Regolamento SE).

Il trasferimento della sede, che non è consentito alle SE nei cui confronti siano state avviate una procedura di scioglimento, di liquidazione, di insolvenza, di sospensione dei pagamenti o altre procedure analoghe, richiede poi il rispetto di un articolato procedimento regolato dall'art. 8, Regolamento SE, a tutela degli interessi dei soci di minoranza, dei creditori e degli altri *stakeholders* interessati (come, per esempio, i lavoratori)⁴⁷⁷. Vi è in ogni caso un dovere di adeguamento dello statuto alla legge del Paese di stabilimento della sede.

Fermo restando il rispetto delle rigide formalità previste dal Regolamento SE per il trasferimento della sede, questo strumento potrebbe far pensare che una società che intenda trasferire la propria sede registrata all'estero con cambiamento della legge applicabile, potrebbe costituire una

⁴⁷⁷ Quanto alla tutela dei lavoratori l'art. 12 prevede in particolare che l'iscrizione della SE possa avvenire soltanto dopo che sia stata rispettata la procedura prevista dalla direttiva 2001/86/CE dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Sulla procedura in questione è sufficiente rinviare a JOHNSTON, *EC Freedom of Establishment, Employee Participation in Corporate Governance and the Limits of Regulatory Competition*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2006, pp. 71 ss.; FROST, (nt. 10), pp. 380 ss.

SE mediante fusione con una società veicolo straniera. Tuttavia, l'art. 7 del Regolamento rende quantomeno problematico questo strumento dato che prevede che la sede sociale della SE debba essere situata nello stesso Stato dove è situata la sede reale⁴⁷⁸. Ciò anche quando entrambi gli Stati coinvolti applichino la teoria della costituzione. Ed è facoltà degli Stati membri di imporre che sede sociale e sede reale si trovino addirittura nello stesso luogo. Di conseguenza una società può trasferire la propria sede sociale ma soltanto a condizione che venga trasferita altresì la sede reale.

Nella misura in cui il Regolamento SE lega in maniera indissolubile la sede sociale e la sede reale della società esso resta molto più indietro rispetto all'impostazione accolta dalla Corte di Giustizia che, come si è detto più volte, ha ritenuto contrarie poiché in contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato quelle disposizioni che imponevano di fatto un legame fra Paese di costituzione e luogo in cui viene esercitata concretamente l'attività di impresa. Questa previsione potrebbe, dunque, essere considerata illegittima in quanto contraria ai principi sulla libertà di stabilimento. Essa sembra inoltre illogica nella misura in cui conferisce alla SE una libertà di movimento ridotta rispetto a quella di cui godono le società nazionali. Resta il fatto comunque che la disposizione in questione (probabilmente introdotta sotto la spinta di quei Paesi dell'Europa continentale particolarmente affezionati al principio della corrispondenza tra sede registrata e sede reale), unita al naturale iniziale scetticismo verso una forma societaria «nuova» e dunque ancora poco sperimentata⁴⁷⁹, ai

⁴⁷⁸ Le sanzioni per il mancato rispetto di questa norma sono particolarmente gravi e vanno dalla regolarizzazione alla liquidazione della SE.

⁴⁷⁹ A quanto consta gli unici precedenti di costituzioni di SE che hanno coinvolto imprese italiane sono la costituzione di *Allianz SE*, con sede in Germania, risultante dalla fusione per incorporazione di *RAS Holding s.p.a.* in *Allianz AG* e la *Sunshine-Invest SE*, con sede in Belgio, costituita mediante fusione per incorporazione di alcune società comunitarie tra cui la *Dafra s.r.l.* Non esiste, invece, ad oggi nessuna SE con sede legale in Italia. Più successo ha avuto la SE nel resto dell'Europa. Risulta

probabili alti costi per le consulenze legali⁴⁸⁰ e alla mancata armonizzazione degli aspetti fiscali⁴⁸¹, rischia di rendere l'utilizzo della SE come strumento per realizzare la mobilità delle società un'operazione poco attraente. Vero resta, comunque, il fatto che, come è stato osservato, «dal momento che l'art. 64 attribuisce esclusivamente allo Stato membro in cui la società ha la sede legale il potere di verificare che la regola non sia stata violata ... ragionevolmente, questo Stato non avrà particolari incentivi a farla osservare»⁴⁸².

Si noti, infine, che in base a quanto previsto dall'art. 69, a) del Regolamento SE, la disposizione che prevede la necessaria corrispondenza fra sede registrata della SE e sede reale dovrà essere rivisitata entro l'8 ottobre 2009 al fine di considerare la possibilità di adottare l'approccio più liberale. E, dunque, possibile e auspicabile che in sede di rivisitazione il legislatore comunitario muti il proprio approccio e si adegui ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

12. Genesi della direttiva sulle fusioni transfrontaliere.

che al 27 aprile 2007 siano state costituite 71 SE, la maggior parte delle quali hanno sede in Germania, Austria e Olanda. Questi dati sono reperibili su http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file_uploads/sefactsheets052007.pdf.

⁴⁸⁰ V. EBERT, (nt. 10), p. 8.

⁴⁸¹ La SE è assoggetta al regime previsto dai singoli Stati membri per la tassazione delle società di capitali ed è soggetta ad imposizione fiscale nei diversi Stati membri nei quali ha uno stabilimento permanente. Per la materia fiscale il ventesimo «considerando» della direttiva include espressamente fra i settori di disciplina per i quali occorre fare riferimento al diritto interno il diritto tributario. La direttiva 2005/19CE ha, invece, armonizzato il trasferimento della sede cercando di temperare il principio della neutralità fiscale dell'operazione con gli interessi finanziari dello Stato di uscita. Infatti, l'operazione viene considerata fiscalmente neutrale ma soltanto nella misura in cui gli elementi dell'attivo e del passivo della SE trasferita restano collegati ad una stabile organizzazione, in continuità di valori fiscali. In questo modo si tutela l'interesse dello Stato di uscita a tassare le plusvalenze latenti derivanti dall'alienazione dei beni.

⁴⁸² Così ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. 392, il quale però sotto altro profilo osserva come «il trasferimento dell'amministrazione centrale nel nuovo Stato membro, per quanto possa non comportare costi di transazione di per sé eccessivi, sarà destinato ad assumere spesso un valore simbolico agli occhi dell'opinione pubblica» tale da rendere «altamente probabile una pressione politica volta a scoraggiare una simile scelta».

Per fusione si intende il fenomeno attraverso il quale i patrimoni di due o più società confluiscono in un unico patrimonio con conseguente confluenza dei soci delle società partecipanti alla fusione in un'unica struttura organizzativa. Fusioni transfrontaliere sono quelle realizzate fra società soggette alla legislazione di Stati diversi.

La questione della legittimità delle fusioni transfrontaliere costituiva fino a pochi lustri addietro un problema non molto sentito dai giuristi europei. Le operazioni transfrontaliere non erano così frequenti come lo sono oggi⁴⁸³ ed era opinione comune che la loro legittimità dovesse essere valutata alla luce della legislazioni dei singoli Stati membri⁴⁸⁴. Gli ostacoli erano soprattutto di natura societaria e internazionalprivatistica da un lato e di natura fiscale dall'altro. I primi erano motivati dalla preoccupazione di tutelare le categorie di *stakeholders* che avrebbero potuto subire un pregiudizio dall'operazione. I secondi dal timore degli Stati di perdere gettito fiscale.

Molti Stati membri (tra i quali la Germania, l'Austria, l'Olanda, la Danimarca, la Svezia, l'Irlanda, la Finlandia e la Grecia) negavano la legittimità di tali operazioni mentre altri Stati membri (fra i quali l'Italia, la Francia, il Regno Unito, la Spagna, l'Irlanda, e il Portogallo) le consentivano ma soltanto a determinate condizioni⁴⁸⁵. Di conseguenza, la possibilità di realizzare una fusione transfrontaliera doveva essere verificata caso per caso

⁴⁸³ V. VENTORUZZO, (nt. 10), p. 9, «*cross-border mergers have been, until recently, relatively rare in Europe*». Per alcuni dati empirici sulla crescita del volume delle fusioni nell'ultimo decennio v. EVENETT, *The Cross-Border Merger and Acquisitions Wave of the late 1990's, working paper*, 2003, reperibile su www.nber.com.

⁴⁸⁴ L'Italia fu tra i primi Paesi a regolare il fenomeno con la riforma del diritto internazionale del 1995 (art. 25, ultimo comma).

⁴⁸⁵ Per alcuni riferimenti, v. DAMMANN, (nt. 10), pp. 21-22. Per una breve panoramica delle legislazioni di alcuni degli ordinamenti menzionati, v. PRETO-DESOGUS, (nt. 10), pp. 237 ss.; AL NAJJARI-PERON, (nt. 10), p. 3.

valutando attentamente la compatibilità fra le regole internazionalprivatistiche e societarie dei singoli Paesi interessati.

Queste operazioni, ed in particolare il raccordo delle norme interne, diventava poi di fatto quasi impossibili quando ad essere coinvolte nella fusione erano società soggette alla legislazione di più di due Paesi.

Una volta accertata l'irrealizzabilità di una fusione transfrontaliera diventava necessario ricorrere a complesse e costose tecniche alternative che richiedevano nella maggior parte dei casi la formazione di un gruppo di società facenti capo ad una società di partecipazione finanziaria e il trasferimento degli *asset* all'interno del gruppo. In alcuni casi, era addirittura necessario sciogliere e liquidare la società incorporanda e trasferire l'interno patrimonio nella società incorporante. Anche in questo caso, tuttavia, il risultato non equivaleva affatto a quello di una fusione, in quanto le società in questione dal punto di vista giuridico conservavano tutte una propria esistenza individuale. Inoltre, la necessità di previa liquidazione e successiva ricostituzione rendeva in alcuni casi l'operazione economicamente non realizzabile.

Non meno rilevanti delle barriere internazionalprivatistiche e societarie erano poi le barriere di natura fiscale. Molti Stati membri, infatti, impongono una *exit tax* alle società che cercano di emigrare mediante trasferimento della sede all'estero⁴⁸⁶. Si è già discusso in precedenza della recente pronuncia relativa al caso *Lasteyrie du Saillant*⁴⁸⁷ dove la Corte ha ritenuto contraria alla libertà di stabilimento l'imposizione di una *exit tax* (tassazione delle plusvalenze latenti ossia non ancora realizzate) che il fisco

⁴⁸⁶ V. PRETO-DESOGLUS, (nt. 10), p.235, ove si rileva come tutti gli Stati membri ad eccezione del Portogallo applichino una *exit tax* per il trasferimento della sede statutaria e amministrativa all'estero.

⁴⁸⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 11 marzo 2004, in causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* francese.

francese voleva imporre ad un proprio cittadino che aveva trasferito il proprio domicilio fiscale fuori dalla Francia⁴⁸⁸. Si è, tuttavia, anche sottolineata l'improbabilità che il medesimo ragionamento possa essere esteso alle società. La questione delle *exit tax* sembra, invece, in buona parte essere stata risolta dalla direttiva 2005/19/CE del 17 febbraio 2005 che ha modificato la direttiva 90/434/CE sull'imposizione fiscale in caso di fusioni, scissioni, trasferimento di *asset* e scambi di azioni di società appartenenti a Stati membri diversi, rendendo le operazioni in questione fiscalmente neutrali⁴⁸⁹.

Gli ostacoli giuridici alla realizzazione delle fusioni transfrontaliere, e quindi di operazioni che favoriscono l'integrazione e la crescita di imprese, si ponevano in evidente contrasto tanto con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (creazione di un mercato unico, libertà di mobilità dei capitali e libertà di stabilimento) quanto più in generale con i principi della globalizzazione che stanno alla base dell'economia odierna⁴⁹⁰. Il divieto di realizzare fusioni transfrontaliere ostacolava, infatti, la crescita dimensionale delle imprese europee e impediva di conseguire economie di scale più efficienti che soltanto certe dimensioni dell'impresa possono assicurare⁴⁹¹. Le conseguenze erano spesso gravi. Si pensi a quanto accade

⁴⁸⁸ V., *supra*, § 8.3.

⁴⁸⁹ Per una breve panoramica dei principi della direttiva 2005/19/CE v. PRETO-DESOGUS, (nt. 10), pp. 61 ss.

⁴⁹⁰ V. PRETO-DESOGUS, (nt. 10), pp. 248 ss., ove si riportano alcuni interessanti dati relativi agli investimenti diretti stranieri nei singoli Stati membri dai quali emerge la forte disomogeneità degli Stati membri nel consentire l'accesso di capitali stranieri. L'esigenza dell'adozione di uno strumento giuridico diretto a facilitare le esigenze di cooperazione e raggruppamento delle società era già stata segnalata dagli operatori economici comunitari e in particolare dall'Unione delle Confederazioni Industriali Europee (UNICE). Sul punto v., AL NAJJARI-PERON, (nt. 10), p.2.

⁴⁹¹ Di ciò era consapevole la Commissione che già nel 1966 emanò un documento, il c.d. *Memorandum sulle concentrazioni*, dove venivano esaminati in modo analitico i problemi di ordine societario, tributario e di diritto della concorrenza connessi all'esigenza di favorire la concentrazione delle imprese nel mercato unico che era ritenuta necessaria per favorire la crescita dimensionale delle società comunitarie per reggere la concorrenza delle grandi imprese dei paesi terzi. Agli occhi della

nel 1999 quando in seguito all'OPA lanciata da *Olivetti* su *Telecom Italia*, fra le tecniche di difesa della società *target* era stata considerata la fusione con *Deutsche Telecom*. Ebbene, l'operazione dovette essere subito abbandonata proprio a causa della impraticabilità giuridica di questo strumento che conseguiva dal divieto di fusioni transfrontaliere posto dalla legge tedesca⁴⁹². La fattispecie richiamata costituisce un chiaro esempio di un caso in cui la disciplina tedesca sui divieti di fusioni transfrontaliere ha costituito un ostacolo alla crescita dimensionale di una delle più importanti e strategiche imprese tedesche.

Il legislatore del Trattato si era reso conto dell'importanza di consentire la piena mobilità delle società per la realizzazione del mercato unico e aveva inserito nel Trattato una base giuridica per l'adozione di una direttiva sulle fusioni transfrontaliere rinvenibile nell'art. 44, secondo comma, lett. g), TCE, che prevede l'intervento del legislatore comunitario al fine di rimuovere le barriere giuridiche che si frappongono alla libera circolazione delle società.

Inoltre, l'art. 293 TCE, rimasto a lungo lettera morta, indicava come possibile oggetto di negoziati fra gli Stati membri l'ammissibilità della fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse.

La prima concreta proposta di direttiva in materia di fusioni transfrontaliere si ebbe soltanto nel dicembre del 1984⁴⁹³. Questa proposta

Commissione un ruolo di fondamentale importanza al riguardo avrebbe dovuto svolgere l'istituto della fusione transfrontaliera. Il *Memorandum* è pubblicato in *Riv. soc.*, 1966, pp. 1182 ss.

⁴⁹² Il riferimento è all'art. 1, n. 1, punto 1 della già richiamata *Umwandlungsgesetz* che, come si è visto in precedenza, è stata dichiarata essere in contrasto con la libertà di stabilimento dalla Corte di Giustizia nella sentenza relativa al caso SEVIC. V. POCCL, (nt. 10), p. 8 il quale rileva come le problematiche di compatibilità tra gli ordinamenti giuridici, per lo più connesse alla questione della c.d. continuità giuridica nello Stato di destinazione, si siano tradotte in un «disincentivo per gli operatori a considerare ipotesi di fusioni transfrontaliere».

⁴⁹³ Proposta di decima direttiva in materia di diritto societario relativa alle fusioni transfrontaliere, reperibile sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 25 gennaio 1985. Mentre, una prima bozza di legislazione comune di armonizzazione delle fusioni transfrontaliere fu elaborata già nel

aveva ad oggetto proprio l'approvazione della decima direttiva in materia di diritto societario. La direttiva rimase in fase di stallo per molti anni sia a causa delle resistenze degli Stati membri restii a modificare le rispettive discipline societarie sia per il diffuso timore che le imprese potessero servirsi delle fusioni transfrontaliere per eludere la disciplina sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa⁴⁹⁴.

L'incapacità di trovare un accordo portò al ritiro della proposta nel 2001, e alla formulazione di una nuova proposta che teneva in considerazione i più recenti sviluppi del diritto comunitario. Nel frattempo gli obiettivi che la Commissione si era prefissata con l'approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere furono perseguiti attraverso un'altra strategia: l'introduzione della (altrettanto agognata) Società europea (SE), della quale si è già discusso.

Il regolamento sulla Società europea, sebbene abbia previsto la possibilità di costituire una SE mediante fusione transfrontaliera e abbia riconosciuto alla SE di effettuare a sua volta fusioni transfrontaliere, non ha tuttavia né armonizzato né tanto meno risolto in alcun modo il problema della compatibilità delle discipline interne. Per le modalità delle fusioni, esso rinvia, infatti, alle discipline nazionali. Quindi, per esempio, la fusione tra due SE aventi la sede legale in Stati membri diversi resterà soggetta alle disposizioni in materia di fusioni transfrontaliere applicabili negli Stati interessati, finanche nell'ipotesi in cui uno di questi proibisca l'operazione in questione.

1972 in occasione della redazione di un progetto di convenzione basata sull'art. 293 (ex 220) TCE. Il progetto fu presto abbandonato a causa dell'opposizione della Germania che temeva che uno strumento del genere potesse facilmente prestarsi ad abusi. Per queste informazioni, v. SIEMS, *The European Directive on Cross-Border Mergers: An International Model?*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com.

⁴⁹⁴ Questo timore riguardava in particolar modo la Germania data la rigida applicazione in quel Paese della (non da molti gradita) *Mitbestimmung*.

Occorre, tuttavia, rilevare, che l'introduzione della Società europea ebbe almeno il grande merito di aver raggiunto un compromesso sulla questione della partecipazione dei lavoratori agli organi decisionali della società che, come si è detto, era stato il principale freno alla direttiva sulle fusioni transfrontaliere.

Il principio fondamentale di tale compromesso è stato quello del c.d. «prima-dopo», in base al quale, se prima dell'operazione transfrontaliera i lavoratori beneficiavano di forme di coinvolgimento nella gestione della società, essi dovranno continuare a goderne anche dopo la fusione, per lo meno nei casi in cui il numero dei dipendenti superi determinate soglie. I medesimi principi, come si vedrà, sono stati estesi alle fusioni transfrontaliere dalla direttiva.

All'adozione della decima direttiva fu successivamente concessa una corsia preferenziale attraverso il suo inserimento nella lista delle misure da adottare per la ristrutturazione e la mobilità delle società nel «piano di azione» della Commissione in materia modernizzazione del diritto societario e *governance* nell'Unione Europea⁴⁹⁵.

Nel 2005, finalmente, e dopo un ventennio di negoziazioni, è stata approvata la decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere⁴⁹⁶ che detta per la prima volta una disciplina comune per tutte le operazioni di fusione di società di capitali soggette alla legislazione di Stati membri diversi, e che dovrà adesso essere recepita dagli Stati membri entro il 15 dicembre 2007⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ V., Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea – Un piano per progredire*, 21 maggio 2003, paragrafo 3.4., reperibile su www.europa.eu.

⁴⁹⁶ Direttiva 2005/56/CE del 10 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

⁴⁹⁷ L'adozione della direttiva è stata salutata con molta soddisfazione dal Commissario al mercato interno McCreevy il quale ne ha ribadito l'importanza per la realizzazione del mercato interno e per la competitività dell'Unione («*it will now be much easier for Europe's companies to cooperate and*

La direttiva introduce una disciplina armonizzata della materia e offre uno strumento legislativo in grado di superare le barriere normative che ostacolavano le esigenze di cooperazione e raggruppamento delle imprese. Complementare all'approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere è stata l'adozione della direttiva 2005/19/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, che modifica la direttiva 90/434/CEE, prevedendo un regime comune fiscalmente neutro da applicare alle fusioni e alle scissioni transfrontaliere.

Prima di passare ad esaminare il contenuto della direttiva sono necessario due premesse. In primo luogo, è importante rilevare che la direttiva non disegna un modello autonomo di fusione ma detta soltanto alcune regole comuni volte a semplificare le fusioni transfrontaliere, fermo restando tuttavia il rispetto della procedura prevista dal diritto societario di ciascuno Stato membro coinvolto. La direttiva, inoltre, riprende e rielabora i principi della terza direttiva in materia di fusioni interne. Sotto questo profilo essa è coerente con la politica dell'armonizzazione minima, anche nel rispetto del principio di sussidiarietà, che ha caratterizzato finora gli interventi del legislatore comunitario nel campo delle società.

In secondo luogo, la direttiva non risolve espressamente il problema dell'ammissibilità delle fusioni transfrontaliere ma prevede soltanto un principio di non discriminazione fra fusioni interne e fusioni transfrontaliere nel caso in cui le prime siano consentite in base alla disciplina di uno Stato membro⁴⁹⁸.

restructure themselves across borders. This will make Europe more competitive and enable businesses further to reap the benefits of the Single Market»).

⁴⁹⁸ Principio che è anche sancito nel secondo «considerando» della direttiva, secondo cui «è necessario che le legislazioni degli Stati membri consentano la fusione transfrontaliera di una società di capitali nazionale con una società di capitali di un altro Stato membro, se la legislazione dello Stato membro in questione consente le fusioni fra tali tipi di società».

12.1. *La disciplina sulle fusioni transfrontaliere. Ambito di applicazione soggettivo.*

Dal punto di vista soggettivo la direttiva sulle fusioni transfrontaliere (qui di seguito, «la direttiva») prevede due limiti di carattere generale al suo ambito di applicazione. Un primo di limite di carattere comunitario ed un secondo limite che rinvia ai diritti degli Stati membri.

Sotto il primo profilo, la direttiva trova applicazione nei confronti delle società di capitali «dotate di un capitale sociale e aventi personalità giuridica» autonoma nel senso che per i debiti della società risponde soltanto la società con il suo patrimonio. Ulteriore condizione è che tali società siano soggette in virtù della propria legge nazionale agli obblighi di *disclosure* e di garanzia previsti dalla prima direttiva in materia di società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (art. 2, primo comma, lett. *b*). Va da sé che il requisito del capitale sociale va inteso alla luce del diritto comunitario e dunque nel senso che un capitale sociale minimo non è necessario per le società a responsabilità limitata. Rientrano in ogni caso nella definizione in questione i tipi di società elencati dall'art. 1 della prima direttiva in materia di società (direttiva 68/151/CEE)⁴⁹⁹. L'ambito di applicazione soggettivo della direttiva è quindi più ampio di quello della terza direttiva, che trova applicazione soltanto alle società per azioni⁵⁰⁰. Mentre restano escluse dalla direttiva le società di persone.

Degno di rilievo sembra, invece, il fatto che il legislatore abbia incluso le società a responsabilità limitata. Infatti, l'intervento armonizzatore del legislatore comunitario su questo tipo di società è sempre stato assai minore

⁴⁹⁹ Per l'Italia, le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata.

⁵⁰⁰ Si tenga comunque presente che una società di altro tipo che volesse beneficiare della disciplina armonizzata potrebbe pur sempre trasformarsi in società per azioni prima di fondersi.

rispetto a quello sulle società per azioni. Il risultato è che la materia delle fusioni transfrontaliere resta una delle poche aree armonizzate per questo tipo di società. Ciò lascerà ampio spazio agli ordinamenti comunitari che volessero eventualmente intraprendere iniziative per attrarre incorporazioni o reincorporazioni di società secondo la propria legge.

Restano escluse dal campo di applicazione della direttiva «le società aventi ad oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti per il pubblico» che restano soggette alla regolamentazione specifica prevista per gli operatori nel settore creditizio⁵⁰¹. Per l'Italia, dunque, gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) e le società di gestione del risparmio (SGR) che gestiscono fondi comuni di investimento e SICAV⁵⁰².

Per quanto riguarda, infine, le società cooperative, il secondo comma dell'art. 3 lascia gli Stati membri liberi di estendere l'applicazione della direttiva a questo tipo di società anche nel caso in cui, in base alla disciplina interna degli Stati membri, esse rientrerebbero nella nozione di «società di capitali» sopra richiamata. In tale nozione rientrano certamente le società cooperative italiane le quali sono, infatti, dotate di personalità giuridica

⁵⁰¹ V. in particolare le direttive 85/611/CEE, 2001/107/CE e 2001/108/CE. Deve, comunque, segnalarsi che il 12 settembre 2006 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva che renderà più rigorose le procedure che le Autorità di vigilanza degli Stati membri devono seguire per valutare i progetti di concentrazione e di acquisizione nei settori bancario, assicurativo e mobiliare al fine di tutelare gli interessi di importanti categorie di *stakeholders* quali i risparmiatori e gli investitori. Le vigenti norme comunitarie, infatti, permettono alle Autorità di vigilanza di opporsi ad un progetto di concentrazione o acquisizione se ritengono che possa compromettere la «gestione sana e prudente» dell'impresa oggetto dell'operazione e, dunque, quando l'acquirente viene giudicato non sufficientemente affidabile. Nella pratica però questo potere di veto viene non di rado utilizzato a fini protezionistici e anticoncorrenziali. La proposta di direttiva si propone, allora, da un lato di semplificare la procedura di approvazione, riducendo il termine per l'opposizione da tre mesi a trenta giorni e limitando i casi di interruzione di detto termine, e dall'altro di precisare i criteri che le Autorità di vigilanza devono applicare nella valutazione del candidato acquirente (reputazione, esperienza, solidità finanziaria, rispetto delle direttive comunitarie in materia, riciclaggio di denaro, finanziamento del terrorismo).

⁵⁰² V., RESCIO, (nt. 10), p. 3, secondo cui «la ragione dell'esenzione è probabilmente da ricercarsi nell'intento di evitare discriminazioni in ambito europeo, poiché non in tutti i Paesi UE tali organismi sono dotati di personalità giuridica, sicché non tutti rientrerebbero nella definizione di società di capitali» prevista dalla direttiva.

autonoma, di un capitale sociale (seppure variabile) e sono soggette alla prima direttiva.

Sotto il secondo profilo, la direttiva limita il suo campo di applicazione alle sole società alle quali la legge nazionale consenta di fondersi. Gli Stati membri resteranno quindi liberi di limitare il campo di applicazione soggettiva della direttiva a proprio piacimento, ma soltanto a condizione che i medesimi limiti siano posti per le fusioni interne.

L'ordinamento italiano consente il diritto di partecipare ad una fusione a tutte le società. Esso, infatti, contempla non soltanto le fusioni omogenee fra società dello stesso tipo ma anche le fusioni eterogenee fra società di tipo diverso (per es. fusioni fra società di capitali e società di persone). Le fusioni eterogenee presuppongono la previa trasformazione delle società che si fondono. La riforma del diritto societario del 2003 ha ammesso la trasformazione in società lucrative delle società cooperative, a condizione che queste ultime siano diverse da quelle a mutualità prevalente. Di conseguenza, a seguito della riforma, sono diventate possibili anche le fusioni fra società cooperative a mutualità non prevalente e società di capitali. Le fusioni non sono invece consentite alle «società che si trovano in stato di liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione degli utili» (art. 2501, secondo comma, cod. civ.). Mentre sono possibili le fusioni fra società sottoposte a procedura concorsuale in modo da consentire al curatore fallimentare di procedere alla fusione in un'unica società delle società assoggettate ad un medesimo fallimento⁵⁰³.

⁵⁰³ V. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella. Bologna, Il Mulino, 2003.

12.2. *La sentenza SEVIC e l'estensione del campo di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere a tutte le società che hanno accesso al mercato interno. Il sistema del doppio binario.*

Si è già detto in precedenza come alla base della sentenza *SEVIC* stia l'osservazione secondo la quale le fusioni transfrontaliere costituiscono uno strumento utile per la realizzazione della libertà di stabilimento nell'ambito del mercato interno e per questo motivo non dovrebbero ricevere negli Stati membri un trattamento deteriore rispetto alle fusioni interne. Poiché tale interpretazione trova fondamento normativo nell'art. 43 TCE, è a questa norma che deve farsi riferimento per determinare l'ambito di applicazione soggettivo della sentenza *SEVIC*. La conseguenza sarebbe che le fusioni transfrontaliere dovrebbero essere consentite a tutte le società che godono della libertà di stabilimento in base all'art. 43, e dunque anche alle società di persone⁵⁰⁴. Ciò ovviamente nella misura in cui gli Stati interessati estendano a tali società il diritto di partecipare ad una fusione interna. Questa affermazione potrebbe essere tra l'altro confermata dal fatto che, come si è detto in precedenza, la sentenza *SEVIC* è stata emessa successivamente all'approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere⁵⁰⁵, ragion per cui la prima non può ritenersi superata dalla seconda. Resta però il fatto che l'eventuale opposizione di uno Stato membro ad una fusione non coperta dalla direttiva dovrà essere valutata pur sempre alla luce della dottrina delle esigenze imperative e superare il *test* delle quattro condizioni.

Qualora fosse accolta questa interpretazione il risultato sarebbe una sorta di doppio binario per la realizzazione delle fusioni transfrontaliere. Le

⁵⁰⁴ Sull'ambito di applicazione soggettiva dell'art. 43 si veda quanto si è detto in precedenza.

⁵⁰⁵ La sentenza *SEVIC* è del 13 dicembre 2005 mentre la direttiva sulle fusioni transfrontaliere è stata approvata il 26 ottobre dello stesso anno.

società contemplate dalla direttiva dovrebbero rispettare le prescrizioni dettate dalla direttiva stessa, mentre quelle non coperte dalla direttiva potrebbero invocare il diritto di stabilimento restando limitate dalla sola *rule of reason* della Corte.

12.3. Ambito di applicazione oggettivo.

La direttiva contempla tre tipi di fusione transfrontaliera:

A) la fusione transfrontaliera per incorporazione. E' questo il caso in cui una società incorporante già esistente incorpora una o più società che per effetto del trasferimento delle loro attività e passività all'incorporante si estinguono senza tuttavia dover liquidare il proprio patrimonio. Ai nuovi soci vengono assegnate azioni o quote della società incorporante in base ad un predeterminato rapporto di cambio (art. 2, secondo comma, lett. *a*). Effetti tipici di questa operazione sono dunque: *a*) il trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante; *b*) i soci della società incorporata diventano soci della società incorporante; *c*) l'estinzione della società incorporata.

B) fusione transfrontaliera mediante costituzione di una nuova società (fusione per unione). In questo caso tutte le società che partecipano trasferiscono le loro attività e passività ad una società di nuova costituzione, e all'atto di tale trasferimento si estinguono senza dover liquidare il proprio patrimonio. Anche in questo caso ai nuovi soci vengono assegnate azioni o quote della nuova società in base ad un predeterminato rapporto di cambio (art. 2, secondo comma, lett. *b*). Gli effetti tipici di questa operazione sono: *a*) il trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo della società che partecipano alla fusione alla nuova società; *b*) i soci delle società che

partecipano alla fusione diventano soci della nuova società; c) l'estinzione della società incorporata⁵⁰⁶.

Nelle ipotesi A) e B) è possibile che il concambio venga integrato da un eventuale conguaglio in denaro da corrispondere ai soci che si vedono annullate le azioni o le quote. La direttiva limita il suo campo di applicazione alle ipotesi in cui tale conguaglio non sia superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate o, «in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile». Questa regola subisce, tuttavia, un'eccezione allorché la legislazione di almeno uno degli Stati membri interessati consenta che il conguaglio in denaro superi il dieci per cento del valore nominale delle azioni o quote assegnate (art. 3, primo comma).

C) fusione transfrontaliera mediante incorporazione della controllata interamente posseduta (fusione totalitaria). In questo caso la società incorporata trasferisce alla incorporante che già la controlla al cento per cento la totalità delle sue attività e passività, e all'atto del trasferimento si estingue senza dover liquidare il proprio patrimonio (art. 2, secondo comma, lett. c). In questa ipotesi non si pongono problemi di determinazione del rapporto di cambio. Gli effetti di questo tipo di fusione sono analoghi a quelli della fusione per incorporazione.

12.4. Ulteriori condizioni relative all'ambito di applicazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere.

⁵⁰⁶ Deve osservarsi che nella pratica le fusioni per incorporazione sono molto più frequenti rispetto a quello con costituzione di una nuova società. Questa prevalenza è da imputarsi a ragioni di carattere strutturale e fiscale. Con riferimento, per esempio, all'Italia, l'imposta proporzionale di registro (1 per cento) rende fiscalmente più conveniente utilizzare come incorporante la società che ha un ammontare più elevato di capitale e riserve. Sul punto v. SANTAGATA, *Fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, vol. VII, Utet, Torino, 2004, p. 19.

La direttiva pone tre condizioni di applicazione ulteriori. In primo luogo, riprendendo la formulazione dell'art. 48 TCE essa limita il suo campo di applicazione alle fusioni fra «società di capitali costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità» (art. 1). Sembra evidente al riguardo la volontà del legislatore comunitario di estendere al massimo l'ambito di applicazione della direttiva includendo sia gli Stati che seguono la teoria dell'incorporazione che quelli che adottano il criterio della sede reale. Per quanto riguarda il contenuto di tale disposizione è sufficiente rinviare a quanto si è detto in precedenza⁵⁰⁷.

In secondo luogo, è necessario che le società che si fondono siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi. Restano fuori sia le fusioni fra società tutte soggette alla legislazione del medesimo Stato membro (fusioni interne), sia le fusioni alle quali prendano parte società extracomunitarie. A questo tipo di fusioni si continueranno ad applicare le norme generali di diritto internazionale privato (fusioni internazionali). Ciò probabilmente sul presupposto che queste società non sono soggette alle direttive di armonizzazione societaria. Gli Stati membri sono perciò liberi di prevedere un trattamento diverso per le fusioni transfrontaliere alle quali partecipano società extracomunitarie al fine di evitare arbitraggi normativi con ordinamenti che non assicurino adeguati *standard* di tutela delle varie categorie di *stakeholders*.

L'art. 4, primo comma, lett. b) introduce una clausola di salvaguardia che consente alle autorità nazionali di opporsi ad una fusione per motivi di interesse pubblico a condizione che la misura restrittiva sia già prevista dalla

⁵⁰⁷ V., *supra*, § ____.

legge nazionale e valga anche per le fusioni interne. Il secondo comma precisa la portata della disposizione in esame stabilendo che le restrizioni che uno Stato membro può introdurre possono essere dirette alla protezione dei creditori delle società che partecipano alla fusione, degli obbligazionisti, dei soci e dei lavoratori per quanto riguarda i diritti diversi da quelli di cogestione⁵⁰⁸.

Uno Stato membro può, infine, «in caso di società partecipanti a una fusione transfrontaliera cui si applica la sua legislazione, adottare disposizioni volte ad assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza» dissenzienti (art. 4, secondo comma, ultimo periodo)⁵⁰⁹. Questa previsione sembrerebbe quindi legittimare una disparità di trattamento secondo la natura interna o transfrontaliera della fusione. Essa, infatti, non subordina l'adozione di tali misure di protezione al fatto che analoghe misure vengano estese alle fusioni interne. Sotto questo profilo, la disposizione ben potrebbe dissuadere, o comunque rendere meno attraente, l'esercizio della libertà di stabilimento ponendosi dunque in contrasto con i principi stabiliti dalla «dottrina Centros». Resterebbe salva per gli Stati membri, la possibilità (non facile) di dimostrare che le misure in questione sono giustificabili in base al *test* delle quattro condizioni.

12.5. La legge applicabile alle fusione transfrontaliere.

⁵⁰⁸ In argomento v. AL NAJJARI-PERON, (nt. 10), p. 24.

⁵⁰⁹ Con riferimento all'ordinamento italiano si pensi a quanto stabilito dagli artt. 2503 e 2503-*bis* c.c. relativamente al diritto di opposizione dei creditori e degli obbligazionisti, nonché all'art. 2437 c.c. che attribuisce il diritto di recesso inderogabile ai soci che non hanno concorso alla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero che può, come si è detto, costituire un effetto indiretto della fusione transfrontaliera. Sulla protezione dei soci di minoranza nelle fusioni transfrontaliere v. VENTORUZZO, (nt. 10), pp. 1 ss.

Il principio fondamentale su cui si basa la direttiva è che le società partecipanti alla fusione devono rispettare la procedura stabilita dalla propria legge nazionale per le fusioni interne. In particolare, la legge nazionale dovrebbe essere competente a regolare il processo decisionale della fusione, gli obblighi pubblicitari e la tutela delle varie categorie di *stakeholders* i cui interessi potrebbero essere pregiudicati dalla fusione nel rispetto dei principi di armonizzazione minima previsti dalla decima direttiva, che richiama in realtà gran parte dei principi della terza direttiva sulle fusioni interne. Di conseguenza, anche il controllo degli adempimenti preliminari alla fusione è affidato, come si vedrà, alle autorità nazionali competenti in ogni Stato membro.

La società risultante dalla fusione sarà, invece, assoggettata alla legge dello Stato membro in cui ha stabilito la propria sede legale. Per sede legale dovrà intendersi la sede registrata della società. Alla luce della «dottrina *Centros*», tale sede potrà anche non coincidere con la sede reale nella quale la società svolga effettivamente la propria attività di impresa. Proprio tale elemento rende possibile l'utilizzo della fusione transfrontaliera inversa come mezzo per realizzare arbitraggi normativi all'interno della Comunità.

Uno Stato membro non potrà, dunque, regolare soltanto le fusioni interne ed escludere quelle transfrontaliere. La circostanza che la società risultante dalla fusione venga assoggettata alla legge dello Stato membro dove ha stabilito la propria sede legale significa che nel caso in cui tale legge sia diversa da quella dell'incorporante prima della fusione quest'ultima dovrà modificare il proprio atto costitutivo adeguandolo alla legge del Paese di stabilimento. Questa operazione potrebbe comportare dei costi di negoziazione non indifferenti.

12.6 Il procedimento uniforme di fusione.

La direttiva contiene alcune disposizioni di armonizzazione del procedimento di fusione. Il procedimento segue la struttura già prevista nella terza direttiva in materia di fusioni interne dalla quale buona parte delle previsioni sono state importate. Altre norme riprendono, invece, come è stato anticipato, il modello di disciplina della SE (certificato preliminare di fusione, controllo della legittimità del procedimento, disposizioni sulla partecipazioni dei lavoratori). Per il resto trova applicazione la disciplina interna degli Stati membri, peraltro in buona parte armonizzata dalla terza direttiva.

In primo luogo gli amministratori delle società partecipanti alla fusione devono redigere un progetto comune di fusione dove sono fissate le condizioni e le modalità dell'operazione. Il progetto di fusione viene poi sottoposto all'approvazione dei soci delle singole società partecipanti. Il contenuto minimo del progetto è indicato nell'art. 5 della direttiva ed è in buona parte analogo a quanto previsto dalla terza direttiva in materia societaria. Sembra doversi ritenere che gli Stati membri possano imporre l'indicazione di ulteriori elementi. Elementi degni di rilievo sono l'indicazione della sede della nuova società necessaria anche al fine di stabilire la legge applicabile alla società risultante dalla fusione (art. 5, lett. *a*), l'indicazione delle probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sui livelli occupazionali (art. 5, lett. *d*), e le informazioni sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione (art. 5, lett. *j*).

Il progetto di fusione deve essere pubblicato per ciascuna delle società che partecipano alla fusione secondo le forme previste dalla legge nazionale

in buona parte armonizzate dalla prima direttiva in materia di società e, comunque, almeno un mese prima dell'assemblea generale che deve deliberare l'approvazione dello stesso. In tal modo si consente, in corrispondenza con quanto previsto dall'art. 4, secondo comma, ai vari *stakeholders* l'esercizio dei diritti previsti dalle loro normative nazionali. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano occorre far riferimento all'art. 2501-ter, terzo comma, che prescrive il deposito del progetto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In aggiunta a tale pubblicazione, l'art. 6, secondo comma, stabilisce l'ulteriore pubblicazione di alcune informazioni relative alla fusione transfrontaliera nelle gazzette ufficiali degli Stati membri interessati (forma, denominazione, sede statutaria delle società che partecipano alla fusione, registro presso il quale sono iscritte le società che partecipano alla fusione e numero di iscrizione, modalità di esercizio dei diritti, quali per esempio l'opposizione e il recesso, da parte dei creditori e dei soci di minoranza). Anche in questo caso le legislazioni nazionali restano libere di richiedere informazioni ulteriori.

Gli artt. 7 e 8 della direttiva prevedono la redazione di una relazione degli amministratori e di una relazione di esperti indipendenti. La prima deve illustrare «gli aspetti giuridici ed economici della fusione» e spiegare le conseguenze dell'operazione «per i soci, i creditori e i lavoratori». La relazione degli amministratori è destinata ai soci ma deve essere messa a disposizione sia dei soci che dei rappresentanti dei lavoratori, o in assenza di questi ultimi, dei lavoratori stessi (art. 7)⁵¹⁰. Alla relazione dovrà essere

⁵¹⁰ V. RESCIO, (nt. 10), p. 5, secondo il quale la poco chiara presa di posizione circa i destinatari della relazione potrebbe creare qualche dubbio interpretativo «circa la derogabilità al decorso integrale del termine di un mese». L'A. rileva in ogni caso che la relazione non potrà essere omessa del tutto come emergerebbe *a contrario* dalla mancata estensione alla relazione degli amministratori di norma analoga all'art. 8, quarto comma, che prevede derogabilità del termine qualora vi rinuncino tutti i soci

allegato il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori, in conformità a quanto previsto dalla legge nazionale, a condizione che gli amministratori lo ricevano in tempo utile per consegnarlo all'assemblea.

Gli esperti indipendenti devono esaminare il progetto di fusione e redigere una relazione sulla congruità del rapporto di cambio che dovrà contenere almeno gli elementi previsti dall'art. 10, paragrafo 2, della terza direttiva (adeguatezza dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio, determinazione dei valori in relazione ai metodi seguiti, importanza assegnata agli stessi metodi nella determinazione dei valori). Anche in questo caso si tratta di una misura di armonizzazione minima ragion per cui gli Stati membri hanno la facoltà di richiedere ulteriori elementi. Gli esperti indipendenti possono essere sia persone fisiche che persone giuridiche in base a quanto stabilito dalla legislazione degli Stati membri. Essi hanno il diritto di richiedere a ciascuna delle società che partecipano alla fusione tutte le informazioni che ritengono necessarie per l'assolvimento del loro compito. La relazione deve essere redatta per ciascuna delle società che partecipano alla fusione. Tuttavia, il secondo comma dell'art. 8 ha previsto la possibilità che su richiesta congiunta delle società partecipanti alla fusione possa essere redatta un'unica relazione destinata ai soci di tutte le società. L'esame del progetto di fusione da parte degli esperti indipendenti o la relazione degli esperti non sono necessari in

delle società coinvolte. Quest'ultima soluzione sembra condivisibile. Quanto, invece, alla possibilità di rinunciare al termine di trenta giorni, può osservarsi quanto segue: *a)* in primo luogo destinatari della relazione sembrano essere esclusivamente i soci e non i lavoratori. La comunicazione ai rappresentanti dei lavoratori, infatti, avrebbe soltanto la funzione di consentire a questi ultimi di predisporre un parere che deve essere sì allegato alla relazione, soltanto a condizione che questo pervenga alla società «in tempo utile»; *b)* in secondo luogo potrebbe argomentarsi in applicazione di un principio generale che, essendo il termine di trenta giorni previsto nel solo interesse dei soci non ci sarebbero buone ragioni per limitare il diritto di questi ultimi di rinunciare allo stesso. La rinuncia, tuttavia, non potrà essere totale ma dovrà consentire ai rappresentati dei lavoratori un termine ragionevole per formulare il loro parere.

caso di rinuncia unanime da parte dei soci delle società partecipanti alla fusione (art. 8, ultimo comma).

La fusione viene deliberata da ciascuna delle società che partecipano alla fusione mediante approvazione del relativo progetto, secondo le modalità stabilite dalla loro legislazione nazionale. Una novità introdotta dalla decima direttiva a tutela dei lavoratori è quella secondo cui l'assemblea di ciascuna delle società che partecipano alla fusione può subordinare il compimento della fusione alla condizione che l'assemblea approvi espressamente le modalità della partecipazione dei lavoratori nella società derivante dalla fusione transfrontaliera (art. 9, secondo comma). La deliberazione dell'assemblea non è necessaria, e sarà sufficiente la deliberazione dell'organo amministrativo, quando sono soddisfatte le condizioni previste dalla terza direttiva⁵¹¹.

La direttiva contiene poi due previsioni che, riprendendo analoghe disposizioni contenute nel Regolamento SE e sul presupposto che il processo decisionale è in buona parte regolato dalla legislazione degli Stati membri, attribuisce agli Stati membri la vigilanza sul rispetto della procedura di fusione. In particolare, l'art. 10, primo comma, prevede che ciascuno Stato membro debba designare l'autorità competente (organo giurisdizionale, notaio o altra autorità) a controllare l'esatto adempimento delle formalità imposte dalla legge (comunitaria e interna) per il processo decisionale della

⁵¹¹ In particolare: a) la pubblicità del progetto di fusione è fatta, per la società incorporante, almeno un mese prima della data di riunione dell'assemblea generale della o delle società incorporate che deve deliberare sul progetto di fusione; b) tutti gli azionisti della società incorporante hanno il diritto, almeno un mese prima della data dell'assemblea, di prendere visione, presso la sede sociale di tale società, del progetto di fusione, dei bilanci di fusione e delle relazioni degli amministratori e degli esperti.; c) uno o più azionisti della società incorporante che dispongono di azioni per una percentuale minima del capitale sottoscritto (non inferiore comunque al 5 per cento) devono avere il diritto di ottenere la convocazione di un'assemblea generale della società incorporante che deve deliberare sulla fusione (art. 8, terza direttiva).

fusione. L'autorità competente dovrà poi rilasciare a ciascuna delle società che partecipano alla fusione e che sono soggette alla legislazione di quello Stato membro un «certificato attestante a titolo definitivo il regolare adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione» (art. 10, secondo comma). Mentre il successivo art. 11 stabilisce che ogni Stato membro designi l'autorità competente ad effettuare un controllo diretto ad attestare la realizzazione degli effetti della fusione transfrontaliera e la legittimità della procedura. Tale controllo è diretto in particolare a verificare che le società partecipanti alla fusione abbiano approvato il medesimo progetto di fusione transfrontaliera, che le società partecipanti alla fusione abbiano ottenuto i certificati preliminari attestanti l'adempimento degli obblighi connessi al procedimento decisionale e che le modalità relative alla partecipazione dei lavoratori siano state fissate nel rispetto della direttiva. A tale scopo l'autorità di controllo deve ricevere dalle società che partecipano alla fusione i certificati preliminare entro sei mesi dal loro rilascio nonché il progetto comune di fusione transfrontaliera con la relativa delibera di approvazione⁵¹².

La direttiva non regola espressamente le conseguenze del mancato rilascio del certificato. Tuttavia, a ben vedere, una soluzione al problema sembra potersi rinvenire nell'art. 12 della direttiva stessa. Infatti, nella misura in cui la norma stabilisce che la data a partire dalla quale la fusione transfrontaliera ha efficacia deve essere posteriore all'esecuzione del controllo di legittimità *ex* art. 11, sembra doversi ricavare che qualora tale

⁵¹² V., RESCIO, (nt. 10), p. 6, secondo cui deve ritenersi che l'autorità di controllo prevista dall'art. 11 sia una sola, a differenza delle autorità (una per ogni società coinvolta) che rilasciano il certificato preliminare. Tale autorità sarebbe «quella competente in relazione alla legge applicabile alla società incorporante ovvero alla società risultante da una fusione in senso stretto».

controllo abbia esito negativo o sia omesso, la fusione transfrontaliera non potrebbe in alcun modo esplicitare la propria efficacia⁵¹³.

La direttiva non prevede, invece, la necessità della stipulazione di un atto di fusione ai fini dell'efficacia della fusione⁵¹⁴. Non sembrano, ad ogni modo, esserci difficoltà a riconoscere che un tale requisito possa essere introdotto dagli Stati membri.

L'art. 13 rinvia poi alla legislazione nazionale (armonizzata dalla prima direttiva in materia di società) per quanto riguarda la determinazione degli obblighi di pubblicità nel registro delle imprese della fusione transfrontaliera. Il registro delle imprese dove viene iscritta la società risultante dalla fusione è tenuto a notificare senza indugio a ciascun registro nazionale delle società partecipante alla fusione il fatto che la fusione ha acquisito efficacia. All'atto di ricezione della notifica la precedente iscrizione delle società che si estinguono deve essere cancellata. Potrebbe chiedersi se la fusione transfrontaliera si perfezioni dal momento dell'iscrizione della società risultante dalla fusione o da quello della cancellazione delle società che si estinguono?. Al riguardo provvede l'art. 12 secondo cui la data a partire dalla quale l'operazione acquista efficacia deve essere determinata in base alla legge dello Stato membro cui è soggetta la società risultante dalla fusione. Tale data, tuttavia, non può essere posteriore al controllo di legittimità della fusione transfrontaliera. Sembra inoltre corretto ritenere che tale effetto non potrebbe neppure essere precedente alla cancellazione delle società che si estinguono. E', infatti, da quel momento che la pubblicità realizza propriamente la funzione informativa nei confronti dei soggetti ai

⁵¹³ *Contra* v. AL NAJJARI-PERON, (nt. 10), p. 27, secondo cui la direttiva presenterebbe «una lacuna redazionale la cui effettiva portata è difficile da determinare».

⁵¹⁴ In argomento v. RESCIO, (nt. 10), p. 6, il quale ricorda che non tutti gli ordinamenti comunitari prevedono la stipulazione di un atto di fusione sottoscritto dai rappresentanti.

quali è rivolta⁵¹⁵. Dunque, soltanto da quel momento troverà applicazione la regola dell'impossibilità di pronunciare la nullità dell'atto di fusione (art. 17).

Dall'ultima iscrizione nel registro delle imprese si producono inoltre gli effetti tipici della fusione per i quali è sufficiente rinviare a quanto detto in precedenza⁵¹⁶.

L'art. 15 consente una procedura semplificata nelle ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente possedute o possedute per una quota pari o superiore al 90 per cento. Nel primo caso, il progetto di fusione non deve contenere le indicazioni relative al rapporto di cambio, le modalità di assegnazione delle azioni della società derivante dalla fusione, la data a decorrere dalla quale le azioni o le quote danno diritto alla partecipazione agli utili, né è necessaria la relazione degli esperti indipendenti. Si noti che rispetto all'analogia disciplina italiana la direttiva non prevede l'esenzione dalla relazione degli amministratori che dovrà, perciò, essere predisposta anche per le incorporazioni di società interamente possedute. Nel secondo caso, invece, la direttiva impone le relazioni degli esperti e i documenti necessari per il controllo soltanto quando ciò sia richiesto dalla legislazione nazionale di almeno una delle società partecipanti alla fusione.

12.8. Inutilità della direttiva dopo la sentenza SEVIC?

Potrebbe chiedersi se la direttiva sia da considerare in ultima istanza inutile nella misura in cui consente alle società di fare qualcosa che è già loro

⁵¹⁵ In senso analogo v. AL NAJJARI-PERON, (nt. 10), p. 30.

⁵¹⁶ V., *supra*, § 9.2.3.

consentito in base alle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento così come interpretate dalla Corte di giustizia nella sentenza *SEVIC*⁵¹⁷.

Sebbene l'obiezione sia senz'altro puntuale, la risposta sembra dover essere negativa per almeno due ragioni. In primo luogo, se è vero che le società comunitarie potrebbero invocare la libertà di stabilimento per realizzare le fusioni transfrontaliere è anche vero che la direttiva, nella misura in cui deve essere recepita dalla legislazione degli Stati membri, costituisce un mezzo più efficace per eliminare in via generale le restrizioni alla fusioni transfrontaliere⁵¹⁸.

In secondo luogo, la direttiva contribuisce in maniera decisiva a garantire certezza giuridica alle fusioni transfrontaliere. Le regole di armonizzazione introdotte risolvono, infatti, buona parte delle difficoltà connesse alla realizzazione delle fusioni transfrontaliere che costituivano, come detto in precedenza, un deterrente fondamentale alla realizzazione di queste operazioni anche nei Paesi in cui erano consentite.

Non si intende affrontare, invece, in questa sede la questione se sotto un profilo di politica del diritto e in applicazione del principio di sussidiarietà sarebbe stato preferibile un grado di armonizzazione inferiore⁵¹⁹.

13. Estensione dei principi della libertà di stabilimento alle società non appartenenti all'Unione Europea.

Un'altra questione sollevata dalla «dottrina *Centros*» è stata quella del suo campo di applicazione soggettiva ed in particolare della possibilità di

⁵¹⁷ V. ENRIQUES-GATTI, (nt. 10), p. 49.

⁵¹⁸ V. JAN VOSSESTEIN, (nt. 10), p. 181.

⁵¹⁹ Sul punto v. ENRIQUES-GATTI, (nt. 10), pp 49 ss.

estendere i principi che governano la libertà di stabilimento a società non appartenenti all'Unione Europea. La questione assume particolare rilevanza per gli Stati che adottano la teoria della sede reale e per quelli che prevedono disposizioni più o meno rigide contro le società pseudo-straniere. Questi Stati dovrebbero, infatti, decidere se estendere i principi elaborati dalla «dottrina *Centros*» anche alle società appartenenti ad ordinamenti non comunitari o se mantenere un regime differenziato per le società comunitarie rispetto a quelle extracomunitarie.

Al riguardo vengono in considerazione almeno due tipi di situazioni. In primo luogo, le società appartenenti a Stati terzi che abbiano stipulato accordi internazionali con l'Unione Europea i quali riconoscono espressamente l'attribuzione del diritto di stabilimento alle società costituite negli Stati contraenti, e in secondo luogo, le società appartenenti a Stati terzi che abbiano però stipulato un accordo per il riconoscimento reciproco delle società con il Paese di stabilimento.

E' evidente come mentre nel primo caso la soluzione andrà cercata alla luce del diritto comunitario, nella seconda ipotesi occorrerà fare riferimento esclusivamente alla natura e al contenuto dell'accordo, al diritto sostanziale e alle norme di conflitto degli Stati contraenti interessati e al diritto internazionale generale. Inoltre, i Trattati sul reciproco riconoscimento delle società presentano contenuto assai eterogeneo fra loro. Sembra perciò opportuno limitare l'analisi di quest'ultimo tipo di situazioni ai soli accordi stipulati dall'Italia. E per questo motivo si rinvia la trattazione a quando si sarà discusso degli effetti della «dottrina *Centros*» sul diritto italiano⁵²⁰.

⁵²⁰ V., *infra*.

Per quanto riguarda, invece, le società che non si trovino in alcuna delle situazioni sopra richiamate gli eventuali conflitti andranno ovviamente risolti soltanto in base al diritto internazionale privato degli Stati interessati.

13.1 Estensione della libertà di stabilimento alle società appartenenti a Paesi membri dello Spazio Economico Europeo.

I principi stabiliti dalla «dottrina *Centros*» troveranno applicazione non soltanto alle società di cui all'art. 48 TCE ma anche a quelle costituite secondo il diritto di uno Stato aderente allo Spazio Economico Europeo (EEA) del quale oggi fanno parte tre dei quattro Paesi membri dell'*European Free Trade Association* (EFTA): l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia⁵²¹ ⁵²². L'art. 31, primo comma, dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, infatti, con formulazione che riprende lo stile del TCE proibisce «le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro della Comunità o di uno Stato EFTA nel territorio di un altro di questi Stati». Questa libertà comprende tra l'altro «la costituzione e gestione di imprese e in particolare di società». Il successivo art. 34, primo comma, estende la libertà di stabilimento riconosciuta alle persone fisiche alle «società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro della Comunità o di uno Stato EFTA e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio delle parti contraenti». La nozione

⁵²¹ Lo Spazio Economico Europeo fu istituito l'1 gennaio 1994 in seguito ad un accordo fra l'*European Free Trade Association* (EFTA) e l'Unione Europea (UE) con lo scopo di permettere ai Paesi EFTA di partecipare al Mercato comune europeo senza dover essere membri dell'Unione.

⁵²² In senso analogo v. EBKE, *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*, (nt. 10), pp. 46 ss.

di società di cui all'art. 34, secondo comma, dell'Accordo è identica a quella prevista dall'art. 48, secondo comma, TCE, già esaminata in precedenza⁵²³.

Il principio dell'estensione della «dottrina *Centros*» ai Paesi membri dello Spazio Economico Europeo è stato peraltro recentemente fatto proprio da una Corte tedesca⁵²⁴.

Resta, invece, esclusa la Svizzera che in seguito al referendum popolare del 6 dicembre 1992 ha deciso di non aderire allo Spazio Economico Europeo. La Svizzera è, comunque, legata all'UE da alcuni accordi bilaterali tra i quali potrebbe rilevare ai nostri fini l'accordo bilaterale stipulato tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, firmato in Lussemburgo il 21 giugno 1999, o la Convenzione Europea sulla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

I principi della «dottrina *Centros*» potrebbero inoltre trovare applicazione nei confronti delle società costituite in quegli Stati che hanno stipulato altri tipi di accordi commerciali internazionali con la Comunità Europea e i suoi Stati membri (c.d. di «quarta generazione») tra i quali spiccano i c.d. *Association Agreement*, quale per esempio quello stipulato l'1 febbraio 2003 dalla Comunità Europea e i suoi Stati membri da un lato e la Repubblica del Cile dall'altro⁵²⁵. Questi accordi, infatti, estendono agli Stati contraenti il principio del trattamento nazionale, il principio di non

⁵²³ V., *supra*, § ____.

⁵²⁴ V. la sentenza della Corte di appello di Francoforte del 28 maggio 2003, in 24 *IPRax*, 2004, p. 56. Per un commento a tale decisione v. BAUDENBACHER-BUSCHLE, *Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach Überseering*, in 24 *IPRax*, 2004, p. 26.

⁵²⁵ V. Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee, 30 dicembre 2002, L 352, p. 0003-1450.

discriminazione e la libertà di stabilimento delle persone (fisiche e giuridiche)⁵²⁶.

14. Effetti della «dottrina Centros» sul diritto internazionale privato italiano. L'inapplicabilità alle società comunitarie dell'art. 25, primo comma, ultimo periodo, della legge sul diritto internazionale privato.

Al dibattito sui rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale privato non si è sottratta neppure l'Italia. Infatti, con specifico riferimento al diritto italiano, la «dottrina Centros» va ad incidere: *a)* sulla portata dell'art. 25, primo comma, ultima frase, della l. 218/95, che, come detto, dispone l'applicazione della legge italiana agli enti che, benché incorporati in uno Stato straniero, presentino particolari legami con il nostro territorio (sede dell'amministrazione o oggetto dell'impresa); *b)* nonché sulla legittimità di alcune disposizioni del capo IX del libro quinto del codice civile relativo alle sedi secondarie di società straniere (artt. 2507-2510).

La previsione dell'art. 25, in particolare, sembra essere inconciliabile con l'orientamento della Corte in base al quale la pretesa di uno Stato membro di assoggettare la società straniera alle norme nazionali più severe rispetto a quelle del paese d'origine, adducendo quale giustificazione sia il difetto di legami effettivi con lo Stato di incorporazione, sia la circostanza obiettiva che la società eserciti la sua attività esclusivamente nello Stato ospitante, è incompatibile con la libertà di stabilimento.

In tale prospettiva deve, quindi, optarsi, sul corretto presupposto del primato del diritto comunitario, per la inapplicabilità della seconda frase

⁵²⁶ Sul punto v. SESTER-CÀRDENAS, *The Extra-Communitarian Effects of Centros, Überseering and Inspire Art with Regard to Fourth Generation Association Agreements*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 398 ss.

dell'art. 25, primo comma, nei confronti delle società costituite in uno Stato membro dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo⁵²⁷.

Pertanto, le società comunitarie che istituiscono in Italia una sede secondaria saranno soggette soltanto agli obblighi di pubblicità previsti dagli artt. 2507-2510 c.c. (nella misura in cui questi obblighi siano compatibili con il diritto comunitario)⁵²⁸, finanche nell'ipotesi in cui abbiano l'oggetto principale della loro impresa o la sede reale in Italia.

La domanda che occorre porsi al riguardo è se tale inapplicabilità debba essere totale o se viceversa possa esservi spazio per l'applicazione di norme imperative italiane in deroga a quelle del Paese di incorporazione?

Al riguardo la Corte di Giustizia, ha ammesso che ragioni quali «la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori, nonché l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà dei rapporti commerciali»⁵²⁹, sarebbero ragioni astrattamente idonee ad imporre restrizioni alla libertà di stabilimento nella misura in cui appaiano giustificate secondo la dottrina dei

⁵²⁷ Su tale soluzione la dottrina italiana largamente maggioritaria sembra essere d'accordo. V., BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, (nt. 10), pp. 710 ss; PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, (nt. 10), p. 133; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, (nt. 10), p. 94; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento e concorrenza tra ordinamenti societari*, (nt. 10), pp. 570 ss.; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, (nt. 10), p. 39; GESTRI, (nt. 10), pp. 71 ss.; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, (nt. 10), p. 94. In senso contrario sembra esprimersi però, BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, (nt. 10), p. 149, il quale afferma che «sinora la trilogia *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* non ha avuto conseguenze di rilievo sul sistema italiano di diritto internazionale privato: non soltanto per la presente incapacità del diritto comunitario di creare norme di conflitto relative alle società, ma forse anche per il modo in cui sono strutturate le nostre norme di conflitto e per le soluzioni elaborate dalla nostra - non troppo vasta - pratica giurisprudenziale sia anteriore che posteriore alla l. n. 218/1995». La giurisprudenza italiana, invece, non ha ancora mai avuto occasione di pronunciarsi sul punto. Per vero la dottrina più attenta già prima della riforma del diritto internazionale privato aveva espresso la necessità di eliminare «quegli ostacoli di natura internazionalprivatistica che possono in concreto frapporsi all'effettiva realizzazione del riconoscimento delle società ... nella Comunità». V. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 11.

⁵²⁸ V., *infra*.

⁵²⁹ V., da ultimo, sentenza *Inspire Art*, paragrafo 109-

motivi imperativi di interesse generale. Tuttavia, come si è visto in precedenza, la Corte ad oggi, non ha ritenuto soddisfatte le ragioni imperiose di interesse generale prospettate dagli Stati membri in nessuno dei casi sottoposti al suo esame.

Alla luce della «dottrina *Centros*» non sembra perciò possibile (e probabilmente non lo sarà per molto tempo) determinare in termini generali e astratti l'ampiezza della discrezionalità che gli Stati membri possiedono nell'imporre restrizioni alla libertà di stabilimento alla luce della dottrina delle esigenze imperative.

Tali restrizioni potrebbero consistere o nell'imposizione di una determinata disciplina (per esempio, le norme in materia di gruppi società, la disciplina dei patti parasociali, i principi in materia di superamento del velo societario etc.) o nel rifiuto di un determinato aspetto dello statuto della società il quale, sebbene compatibile con l'ordinamento di costituzione, infrange un principio fondamentale dell'ordinamento di stabilimento (per esempio, l'anonimato dei soci o degli amministratori, le eccezioni al principio un'azione un voto, il voto cumulativo etc.)

Nel primo caso lo Stato di stabilimento dovrebbe sostenere che l'applicazione di una determinata disciplina sia essenziale per il corretto funzionamento della società all'interno della propria giurisdizione (esistenza di una esigenza di carattere imperativo). Sarà, dunque, necessario esaminare il contenuto e le finalità delle disposizioni che vengono di volta in volta in considerazione e verificare se esse siano dirette alla protezione di interessi pubblici preminenti nell'ordinamento. Solo la norma nazionale che abbia tale particolare funzione di tutela potrà esser invocata a discapito delle disposizioni della *lex incorporationis*, che soffriranno una corrispondente compressione della loro operatività.

Nel secondo caso, dovrà opporsi che un determinato aspetto dello statuto sociale valido secondo la *lex incorporationis* si pone in contrasto irrimediabile con principi di ordine pubblico dell'ordinamento di stabilimento.

La dimostrazione appare non facile. Inoltre, come stabilito dalla Corte, l'analisi dovrà essere compiuta caso per caso tenendo conto della particolarità di ogni fattispecie e, comunque, data la loro natura eccezionale le ragioni che giustificano le deroghe alla libertà devono essere interpretate restrittivamente⁵³⁰.

Se è vero, come si è anticipato, che sarebbe un esercizio sterile cercare di individuare in via astratta le disposizioni che il nostro ordinamento potrebbe pretendere di imporre alle società comunitarie pseudo-straniere o gli istituti giuridici stranieri che il nostro ordinamento potrebbe rifiutarsi di accettare, una serie di osservazioni sono, tuttavia, possibili quantomeno al fine di circoscrivere l'eventuale campo di applicazione del diritto italiano.

A) In primo luogo, come già detto in precedenza, l'art. 25, primo comma, ultimo periodo, va interpretato nel senso che, al verificarsi di uno dei, più volte ricordati, criteri di connessione con il territorio italiano, la legge italiana intende non già nazionalizzare la società straniera (come avviene in alcuni ordinamenti comunitari primo fra tutti la Germania) sibbene più semplicemente integrare la *lex societatis* con le disposizioni italiane di carattere inderogabile, con le norme di applicazione necessaria e con quelle di ordine pubblico in base alle esigenze imperative che di volta in volta dovessero venire in considerazione. Se si pensa che il nostro diritto societario (al pari di quello dei principali ordinamenti) è in larga misura, e

⁵³⁰ V. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 novembre 2002, in causa C-436/00, *Braathens Sverige AB c. Riksskatteverket*, punto 43

specialmente dopo la riforma del 2003, formato da norme di carattere dispositivo il nucleo delle norme che potrebbero trovare applicazione si riduce ampiamente⁵³¹.

B) Gli Stati membri che vogliano imporre l'applicazione di disposizioni interne alle società costituite in un altro ordinamento comunitario dovranno invocare a tal fine l'abuso del diritto comunitario che dovrà apparire ulteriormente giustificato alla luce della dottrina delle esigenze imperative secondo i restrittivi criteri elaborati dalla Corte di Giustizia con riguardo alla libertà di stabilimento delle società⁵³².

Innanzitutto, lo Stato membro dovrà dimostrare un abuso del diritto comunitario a danno della propria legge: ossia che un cittadino o una società, si sono avvalsi fraudolentemente delle possibilità offerte dall'ordinamento comunitario per eludere una disciplina nazionale inderogabile che sarebbe stata diversamente applicabile in considerazione della localizzazione dell'attività di impresa⁵³³ e che abbiano utilizzato la norma comunitaria in maniera tale da snaturare le finalità che ad essa sono

⁵³¹ Sui rapporti fra norme inderogabili e disposizioni derogabili dopo la riforma del diritto societario italiano del 2003 v. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 1 ss.

⁵³² V. L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 82, la quale sottolinea che «i concetti di ordine pubblico e di norme imperative sviluppati nel diritto internazionale privato non coincidono con quelli di ordine pubblico comunitario ed esigenze imperative sviluppati dalla Corte di giustizia».

⁵³³ V., sentenza *Centros*, paragrafo 24. In termini più generali sull'abuso del diritto comunitario v. GESTRI, (nt. 10), pp. 90 ss. il quale sottolinea la necessità isolare nell'ambito della più ampia categoria dell'abuso del diritto la figura della frode alla legge. In particolare mentre «la nozione di abuso del diritto indica la possibilità di qualificare in termini di illiceità un comportamento astrattamente conforme al contenuto di un diritto ma immeritevole di tutela giuridica alla luce di una valutazione complessiva delle circostanze concrete, la frode alla legge ne costituisce una specie particolare, caratterizzata dall'utilizzazione della copertura giuridica fornita dal diritto comunitario al concreto scopo di evadere obblighi imposti da una legge nazionali»; SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?* In *Common Market Law Review*, 2006, pp. 423 ss.

proprie. E' da ritenersi che l'iniziativa per fornire tale prova possa essere fornita anche da un cittadino o da una società.

La Corte ha sempre riconosciuto il diritto degli Stati membri di invocare la dottrina dell'abuso a tutela della salvaguardia del proprio ordinamento e a condizione che l'applicazione del diritto interno non entri in contrasto con il principio della supremazia del diritto comunitario.

Il tema, come è noto, è stato sviluppato soprattutto in tema di libertà di prestazione di servizi in quei casi in cui, come accade non di rado, un operatore si avvalga della libertà di prestazione dei servizi riconosciuta dagli artt. 49 ss. TCE per offrire un determinato servizio nel proprio Paese eludendo la più rigida disciplina interna⁵³⁴.

Tuttavia, va da sé che gli Stati membri non sono liberi di invocare la dottrina dell'abuso del diritto comunitario come meglio credono ma devono rispettare la piena efficacia e l'uniformità del diritto comunitario⁵³⁵ e i principi stabiliti al riguardo dalla Corte di Giustizia che sarà anche il giudice ultimo circa la legittimità delle restrizioni. Tanto che qualcuno è arrivato ad affermare che in realtà il principio dell'abuso del diritto sarebbe più «mera retorica» che «sostanza»⁵³⁶.

In tema di libertà di stabilimento delle società i parametri adottati dalla Corte di Giustizia sono, come si è visto in precedenza, particolarmente rigidi.

⁵³⁴ V. la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *TV 10 SA c. Commissariaat voor de Media* olandese del 5 ottobre 1994 (in causa C-23/93), dove la Corte ha affermato che «non può essere negato ad uno Stato membro il diritto di disporre provvedimenti affinché un prestatore di servizi la cui attività sia diretta per intero o principalmente verso il territorio di detto Stato non utilizzi le libertà garantite dal Trattato al fine di sottrarsi alle norme la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli fosse stabilito nello Stato medesimo».

⁵³⁵ V., la sentenza della Corte di Giustizia del 23 marzo 2000 nel caso *Diamantis* (causa C-373/97).

⁵³⁶ Così, SØRENSEN, (nt. 10), p. 459.

In particolare le disposizioni delle quali si pretende l'applicazione: *a*) possono essere giustificate soltanto da ragioni quali «la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori, nonché l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà dei rapporti commerciali»; *b*) possono essere fatte valere soltanto in via eccezionale in quanto costituiscono una deroga all'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Le deroghe, dunque, non possono essere introdotte in via generale ma andranno decise caso per caso⁵³⁷ e sulla base di una prova oggettiva di abuso⁵³⁸; *c*) devono in ogni caso superare e apparire giustificate alla luce dell'art. 46 TCE⁵³⁹ e del più volte richiamato *test* delle quattro condizioni (principio di non discriminazione, principio dell'interesse generale, principio dell'idoneità allo scopo, principio di proporzionalità).

Inoltre, quando si considera il rigore con il quale la «dottrina *Centros*» nega l'esistenza di un abuso, non sembra restare molto spazio per l'invocazione di un abuso del diritto comunitario. La Corte ha, infatti, inequivocabilmente riconosciuto che non serve a fondare l'esistenza di un abuso l'elusione cosciente delle norme nazionali ritenute eccessivamente rigide mediante la sottoposizione ad una disciplina societaria che viene percepita come più vantaggiosa.

Pur qualora venga fornita tale prova dovrà poi ulteriormente dimostrarsi: *a*) che la misura della quale si pretende l'applicazione non dà luogo ad una discriminazione sulla base della nazionalità ed è dunque applicabile anche alle società nazionali; *b*) che essa sia idonea a perseguire l'interesse meritevole di tutela che si vuole proteggere; *c*) che non è possibile

⁵³⁷ V. la sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 1997 nel caso *Leur-Bloem* (in causa C-28/95).

⁵³⁸ V. sentenza *Diamantis*, *supra*, nota ____.

⁵³⁹ V., *supra*, § ____.

individuare misure meno restrittive che siano altrettanto efficaci per la protezione di quell'interesse e *d*) che la lesione alla libertà comunitaria è proporzionale rispetto all'interesse dello Stato di stabilimento ad imporre quella determinata misura.

Per quanto riguarda, in particolare, il giudizio di proporzionalità è necessario contemperare da un lato l'interesse dello Stato di stabilimento ad imporre l'applicazione di una determinata disciplina al fine di proteggere le varie categorie di *stakeholders* residenti sul proprio territorio e dall'altro gli interessi dei fondatori della società a restare assoggettati alla legge che essi hanno scelto, l'interesse dello Stato di incorporazione ad applicare integralmente la propria legge alle società costituite secondo il proprio diritto e quello più generale comunitario alla realizzazione del mercato unico.

Al riguardo vale la pena di ricordare che, a giudizio della Corte, tra i motivi imperativi di ordine pubblico non può rientrare la tutela dei creditori sociali pubblici o privati che sono ritenuti essere sufficientemente protetti dalla quarta e dall'undicesima direttiva in materia di società rispettivamente in materia di conti annuali e di pubblicità⁵⁴⁰.

Come si concilia l'orientamento più liberale della Corte in materia di libertà di stabilimento delle società con quello più rigido adottato in materia di libertà di prestazione dei servizi? La risposta probabilmente va cercata nella natura della norma che le parti intendono aggirare avvantaggiandosi delle libertà comunitarie. Infatti, mentre in *Centros* e *Inspire Art* veniva in questione una norma di diritto societario, nei casi in cui la Corte ha adottato

⁵⁴⁰ Della medesima opinione è l'Avvocato generale Alber i quale nelle conclusioni relative al caso *Inspire Art* (paragrafo 113) rileva che «la tutela dei creditori non è espressamente menzionata nell'art. 46 TCE» e sottolinea che «in base ad una costante giurisprudenza essa non rientra neppure nella nozione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza».

un approccio più rigido venivano sempre in considerazione norme che disciplinano l'esercizio dell'attività di impresa o di una professione.

C) In terzo luogo, la giurisprudenza *Überseering* sembra aver fissato un limite di carattere generale alla facoltà per gli Stati membri di invocare la dottrina delle esigenze imperative. Le restrizioni alla libertà di stabilimento consentite allo Stato ospitante non possono in alcun caso arrivare fino al punto di negare l'esistenza giuridica di una società costituita in un altro Stato membro, e dunque la sua capacità giuridica e processuale e la sua personalità giuridica. Ciò equivarrebbe, infatti, «alla negazione stessa della libertà di stabilimento»⁵⁴¹.

Le restrizioni potranno, dunque, al massimo consistere nell'applicazione di una determinata disciplina più rigida o di una particolare sanzione, ma giammai arrivare al non riconoscimento della personalità giuridica dell'ente.

D) Dall'elenco delle norme imperative di cui si potrebbe teoricamente imporre l'applicazione bisogna sicuramente escludere le disposizioni sulla liberazione di un capitale minimo e sulla responsabilità degli amministratori. Infatti, come risulta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, queste norme non possono prevalere sulla *lex societatis* in quanto non si tratta di norme poste a tutela dell'interesse generale alle quali possa riconoscersi carattere di imperatività nel senso dell'interpretazione comunitaria.

Per quanto riguarda in particolare l'istituto del capitale sociale non si può peraltro non ricordare come in molti paesi dell'Unione Europea (e non solo) sia stata messa in discussione l'utilità di questo istituto e la sua effettiva funzione di garanzia dei creditori legata ad esso, anche sulla spinta dei

⁵⁴¹ V. sentenza *Überseering*, paragrafo 81.

modelli anglosassoni che prediligono piuttosto gli obblighi di informazione e gli obblighi di condotta dei manager (*wrongful trading*)^{542 543}. Soprattutto se si considera che il capitale iniziale di un'impresa quale che ne sia l'entità, potrebbe essere esaurito da tempo prima che si apra la procedura fallimentare⁵⁴⁴.

La Francia, per esempio, a seguito delle pronunce della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento, ha abolito a partire dall'1 gennaio 2004 l'obbligo di liberazione di un capitale sociale minimo per le *société à responsabilité limitée* (s.a.r.l.) che oggi possono costituirsi anche con un solo euro di capitale⁵⁴⁵. Mediante questo intervento il legislatore francese ha probabilmente inteso prevenire una fuga di società dal proprio ordinamento, simile a quella che sta avvenendo in Germania⁵⁴⁶.

⁵⁴² Il Regno Unito, gli Stati Uniti e l'Irlanda, come è noto, non impongono una capitale minimo per la costituzione di una *Private Limited Company* (LTD), sul presupposto che questo istituto, non soltanto non svolga una funzione di garanzia per i creditori con riguardo alla solvibilità della società, ma avrebbe addirittura un effetto dannoso sull'intera economia di un Paese nella misura in ostacola la costituzione di società di capitali. In tal senso v. lo studio del *Department of Trade and Industry, Modern Company Law for a Competitive Economy: Strategic Framework, Consultation Paper*, Londra, 1989, pp. 81 ss.

⁵⁴³ La seconda direttiva prevede un capitale sociale minimo soltanto per le società per azioni (almeno 25 mila euro, anche se gli Stati membri possono fissare soglie più alte). L'obbligo in questione non è stato esteso anche alle società a responsabilità limitata soltanto grazie alla resistenza del Regno Unito e dell'Irlanda. V., ENRIQUES-MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 87 ss. Per una disamina degli obblighi di liberazione di un capitale sociale minimo negli Stati membri aggiornata alla fine del 1999, v. KIIKERI, *The Freedom of Establishment in the European Union, Report to the Finnish Ministry of Trade and Industry*, 2002, reperibile su <http://www.helsinki.fi/publaw/opiskelu/Eurooppaoikeus/Sijoittautumistutkimus.englanti.Kiikeri.pdf>, pp. 94 – 95. Più in generale sull'istituto del capitale sociale in Europa v. *Legal Capital in Europe*, a cura di Marcus Lutter, De Gruyter, Berlin, 2006.

⁵⁴⁴ V. KRAAKMAN-DAVIES-HANSMANN-HERTIG-HOPT-KANDA-ROCK, *Diritto societario comparato*, traduzione it., Il Mulino, Bologna, 2006, p. 105.

⁵⁴⁵ Sul punto v. WACHTER, *Frankreich: Die «Ein-Euro-GmbH» ab 2004*, in *GmbHRR*, 2003, pp. 377 ss.

⁵⁴⁶ Sul punto v. l'interessante articolo di BECHT-MAYER-WAGNER, *Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence, working paper*, 2005, reperibile su ssrn.com, dove gli autori mostrano il rilevante incremento di incorporazioni di società inglesi destinate ad operare esclusivamente in Germania a seguito delle pronunce della Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento.

Altrettanto ha fatto il Giappone che, con la recente riforma societaria, ha abbandonato il requisito del capitale sociale minimo.

Mentre la Spagna ha introdotto a partire dall'1 giugno 2003 la nuova figura della *Sociedad Limitada Nueva Empresa*, per la quale è previsto un capitale sociale estremamente ridotto di tre mila euro⁵⁴⁷.

La stessa Corte di Giustizia nella sentenza *Inspire Art* sembra aver aderito all'opinione secondo cui le norme sul capitale minimo non possono essere considerate idonee a raggiungere l'obiettivo della tutela dei creditori e ha espresso la sua convinzione che i creditori siano meglio protetti dagli obblighi di informazione piuttosto che dall'obbligo di un capitale sociale minimo⁵⁴⁸.

A ciò si aggiunga che, anche a voler riconoscere una effettiva funzione di tutela dei creditori all'istituto del capitale sociale, in concreto le soglie previste dagli ordinamenti continentali sono piuttosto basse in confronto alle reali esigenze di capitale di quasi tutte le imprese europee⁵⁴⁹.

Ad ogni modo, e a prescindere dal dibattito sulla funzione del capitale sociale, resta il fatto che allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario una società pseudo-straniera formata secondo il diritto di uno Stato membro che non preveda l'istituto del capitale sociale minimo (come per esempio il Regno Unito) non potrà essere assoggettata dallo Stato di stabilimento non soltanto all'obbligo di liberazione di un capitale sociale minimo al momento della costituzione ma altresì a tutte le disposizioni

⁵⁴⁷ Sul punto v. JUAN-MATEU, *The Private Company in Spain – Some Recent Developments*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, pp. 60 ss.

⁵⁴⁸ In senso critico v. ROTH, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies*, *Private International Law and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 201, secondo cui « ... *Minimum capital standards ... may not be the most effective instrument for the protection of creditors. However, this should not be a question for the Court to judge upon* ».

⁵⁴⁹ V. KRAAKMAN-DAVIES-HANSMANN-HERTIG-HOPT-KANDA-ROCK, *Diritto societario comparato*, traduzione it., Il Mulino, Bologna, 2006, p. 105.

collegate all'istituto del capitale sociale (obbligo di mantenimento del capitale sociale minimo durante tutta la vita della società, operazioni sul capitale sociale, regole relative alla distribuzione di attività sociali ai soci etc.).

In controtendenza rispetto all'idea del tramonto della funzione del capitale sociale sembra porsi, tuttavia, il legislatore italiano che nella nuova disciplina sui rapporti fra controllanti italiane e società estere aventi sede legale in Stati che non garantiscono la trasparenza societaria introdotta dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, che ha modificato il *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazioni finanziaria* (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), ha previsto fra i criteri ai quali il Ministero della Giustizia dovrà attenersi nell'individuazione degli Stati a bassa trasparenza «la mancanza del requisito di un capitale sociale minimo, idoneo a garantire i terzi creditori, per la costituzione delle società» (art. 165-ter, terzo comma, lett. a, n. 1)⁵⁵⁰. Questa disposizione non dovrebbe, comunque, avere alcun effetto sulle società comunitarie la cui eventuale inclusione nella *black list* sarebbe certamente viziata da illegittimità comunitaria.

E) Le esigenze imperative non possono essere invocate quando esiste armonizzazione. Ciò significa che ove il diritto comunitario abbia, mediante l'adozione di direttive o regolamenti, imposto agli Stati membri l'adozione di norme comuni come quelle relative, ad esempio, alla garanzia dei creditori, alla responsabilità degli amministratori, alla redazione dei bilanci, alle fusioni, alle scissioni o agli obblighi di pubblicità dei fatti relativi alle società nel registro delle imprese, non vi sarebbe alcuno spazio per l'affermazione di norme imperative nazionali più restrittive se non in quanto

⁵⁵⁰ Sul punto v., anche, BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma* (nt. 10), p. 158.

e nella misura in cui sia ammesso dalle direttive in questione. Diversamente, infatti, l'ambito imperativo coinciderebbe con la tutela garantita dalla norma comunitaria e l'eventuale discrezionalità lasciata al legislatore nazionale non potrebbe trasformarsi in un momento successivo in un'esigenza di interesse generale incidente in senso negativo sul diritto di stabilimento della società di un altro Stato membro⁵⁵¹.

Resta salvo il caso in cui sia la legislazione secondaria a contenere espressamente clausole che consentono agli Stati membri di derogare ai principi comunitari dinanzi ad una situazione di abuso del diritto comunitario. E quanto si rinviene, per esempio, nell'art. 11 della direttiva 90/434/CEE sull'imposizione fiscale in caso di fusioni, scissioni, trasferimento di *asset* e scambi di azioni di società appartenenti a Stati membri diversi, che fa salva la possibilità per gli Stati membri di rifiutarsi di applicare in tutto in parte alcune previsioni della direttiva o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni «ha come obbiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale».

A questo punto l'eventuale spazio per l'applicazione di norme imperative nazionali alle società pseudo-straniere comunitarie sembra essere veramente assai ridotto. Fra le disposizioni di cui lo Stato italiano potrebbe, almeno in teoria, volere invocare la prevalenza sulla legge straniera di costituzione potrebbero esserci: *a*) alcuni aspetti della disciplina sulla protezione dei creditori (per esempio, la dottrina dell'abuso della personalità giuridica); *b*) la nuova normativa sui gruppi di società (artt. 2497 ss. c.c.); *c*) la disciplina imperativa sui patti parasociali (artt. 2341-*bis* ss.); *d*) le regole sulla istituzione dei patrimoni destinati a uno specifico affare (artt. 2447-*bis*

⁵⁵¹ Per un panorama delle materia armonizzate v., *supra*, § ____.

ss.) sempre che ovviamente la possibilità di costituire tali patrimoni esista anche nel paese d'origine; e) la sussistenza delle autorizzazioni governative e delle altre condizioni per l'esercizio dell'impresa (da verificare, tuttavia, attentamente caso per caso e fermi, comunque, i principi della giurisprudenza *Cassis de Dijon*); e) l'obbligo di pubblicità di taluni atti sociali nel registro delle imprese nei limiti consentiti dall'undicesima direttiva; f) il divieto del patto leonino.

Il dibattito nella dottrina italiana è aperto e lo rimarrà probabilmente per lungo tempo.

E' stato osservato, specialmente dalla dottrina tedesca ma anche da quella italiana (Enriques), che, se è vero che gli Stati membri devono riconoscere le società comunitarie che si stabiliscano nel loro territorio secondo la loro legge di incorporazione, è però anche vero che la qualificazione di una determinata disciplina come attinente al diritto societario o meno è una questione che dipende largamente dal diritto nazionale. E, dunque, gli Stati potrebbero perseguire l'obiettivo di imporre l'applicazione di alcune norme imperative interne semplicemente «rietichettando» una determinata disposizione come attinente, per esempio, al diritto fallimentare, al diritto dei mercati finanziari, al diritto del lavoro, al diritto penale, al diritto tributario, alla materia della responsabilità extracontrattuale etc.

Al riguardo, si deve tuttavia rilevare che: in primo luogo le disposizioni di cui si pretende l'applicazione non dovranno apparire discriminatorie e dovranno in ogni caso superare il *test* delle quattro condizioni elaborato dalla giurisprudenza *Gebhard*; in secondo luogo, la qualificazione di una determinata disciplina come attinente al diritto societario sembra dover essere incontestabile per le materie armonizzate, in

terzo luogo, la Corte difficilmente attribuirà rilevanza alla qualificazione formale di una determinata disciplina, ma si preoccuperà piuttosto di verificare se nella sostanza essa risulti giustificata alla luce dell' *acquis communautaire*⁵⁵². In altre parole, è probabile che la Corte seguirà un approccio più sostanziale che formale.

Resta, però, il fatto che, mentre in alcuni casi la qualificazione di una disciplina come appartenente al diritto societario sembra incontestabile (per esempio, disciplina del capitale sociale, doveri fiduciari degli amministratori etc.) le zone grigie potrebbero essere notevoli (si pensi, per esempio, alla responsabilità della società verso i creditori sociali involontari che potrebbe essere qualificata come responsabilità aquiliana al fine di ritenere applicabile la legge dello Stato di stabilimento).

Certamente escluso dall'ambito di applicazione della *lex incorporationis* sembra dover essere il diritto penale e sembra, dunque, corretto affermare che una società comunitaria e i suoi organi sociali restino in linea di principio soggetta al diritto penale del Paese di stabilimento. E ciò vale anche per la c.d. responsabilità penale delle persone giuridiche introdotta dal d.lgs. n. 231/2001⁵⁵³. Infatti, in primo luogo l'applicazione nello spazio del diritto penale è governata dal principio di territorialità, e in secondo luogo il diritto comunitario non ha competenza in materia di diritto penale. Le norme penali dovranno in ogni caso assicurare la parità di trattamento delle società comunitarie rispetto a quelle nazionali.

⁵⁵² V, tuttavia, BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, p. 713, secondo cui «la qualificazione di una certa disposizione come attinente non alla *lex societatis*, ma ad un profilo dell'attività di impresa svolta dalla società commerciale in seno ad una data comunità statale ... ne agevolerà la difesa in punto di legittimità comunitaria».

⁵⁵³ V. la recente ordinanza del Tribunale di Milano del 27 aprile 2004 nel caso *Siemens AG*, in *Le società*, 2004, pp. 1275 ss., dove il Tribunale ha ordinato l'applicazione di alcune misure cautelari interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001 a *Siemens AG*, società di diritto tedesco.

Allo stesso modo, sembrano dover trovar in ogni caso applicazione nei confronti delle società straniere operanti in Italia in quanto norme di applicazione necessaria: *a)* le disposizioni in materia di antitrust⁵⁵⁴; *b)* le norme valutarie⁵⁵⁵; *c)* le norme di natura fiscale e quelle doganali; *d)* le disposizioni del testo unico in materia bancaria, la normativa sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e le norme in materia di usura; *e)* la disciplina lavoristica; *f)* le norme in materia di tutela dell'ambiente.

Anche la disciplina della responsabilità extracontrattuale propriamente intesa resta esclusa dall'ambito di applicazione della *lex societatis*. Per esempio, la responsabilità per fatto illecito commesso da un dipendente della società in relazione ad un incidente stradale resta soggetta alle norme di diritto internazionale privato generale. La società convenuta in un giudizio per ottenere il risarcimento dei danni non potrà invocare la libertà di stabilimento e sostenere che l'applicazione delle norme in materia di responsabilità da fatto illecito dello Stato in cui si è verificato il fatto pregiudica la propria libertà di stabilimento.

Lo stesso principio sembra dover valere per le altre disposizioni che regolano l'esercizio dell'attività d'impresa sul territorio nazionale, nei limiti in cui una esse non imponga un adeguamento dello statuto della società alla legge del paese di stabilimento, non abbiano carattere discriminatorio e non si pongano in contrasto con l'armonizzazione comunitaria.

⁵⁵⁴ In particolare la legge 10 ottobre 1990, n. 287 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

⁵⁵⁵ V. la decisione della Corte di cassazione nel caso *Mattarese c. Algemene*, del 13 dicembre 1984, n. 6537 in *Giust. Civ. mass.*, 1984, 12.

Possono esservi poi alcune «ipotesi di confine», come per esempio la disciplina dei mercati mobiliari quando si traduca nell'imposizione di vere e proprie regole di *corporate governance*⁵⁵⁶. Mentre non sembra esser in dubbio la possibilità di applicare alle società comunitarie le disposizioni in materia di organizzazione e funzionamento dei mercati mobiliari, come per esempio gli obblighi di pubblicità e di comunicazione alle autorità indipendenti a carico delle società aperte, le disposizioni sulle partecipazioni incrociate, le regole sulle offerte pubbliche obbligatorie etc.

16. La riforma del diritto societario e l'interpretazione «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee».

La recente riforma del diritto societario del 2003, consapevole degli sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento delle società e dell'ampio dibattito dottrinale scaturito dalla «dottrina Centros», ha introdotto con riferimento alla disciplina della società straniera il nuovo art. 2507 c.c. che, al capo XI regolante le società costituite all'estero che abbiano in Italia una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, premette la regola secondo la quale le norme di quel capo (ossia gli artt. 2508 ss. in materia di «società costituite all'estero») devono essere interpretate e applicate «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee». Questa disposizione costituisce l'unica modificazione sostanziale apportata dalla riforma del diritto societario alla disciplina delle società

⁵⁵⁶ Sui rapporti fra diritto internazionale privato, diritto comunitario e disciplina dei mercati finanziari v. BENEDETTELLI, *Corporate Governance, mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, pp. 713 ss.; ID., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Paolo Picone, Padova, Cedam, 2005, pp. 264 ss.

straniera⁵⁵⁷. Per il resto la riforma si è limitata a modificare la numerazione degli artt. 2506, 2507 e 2508 che sono confluiti rispettivamente negli artt. 2508, 2509 e 2509-bis e a cancellare dall'intestazione del capo XI⁵⁵⁸, oggi intitolato alle «società costituite all'estero», le parole «od operanti all'estero» che mal si conciliavano con il contenuto delle norme in esso contenute a seguito dell'introduzione dell'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato⁵⁵⁹.

Il nuovo art. 2506 sembra contenere una disposizione di interpretazione autentica che opera attraverso il rinvio *per relationem* ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario svolgente la funzione di garantire l'adeguamento automatico del diritto interno all'evoluzione del diritto comunitario il quale, come è pacifico, comprende non soltanto le norme di emanazione comunitaria ma anche e soprattutto l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia⁵⁶⁰. Quindi, ogni qualvolta una disposizione si presti a più possibili interpretazioni dovrà essere preferita quella più conforme al diritto comunitario. La tecnica di cui si è servito il legislatore è la medesima già utilizzata nel 1990 dalla legge antitrust (art. 1, ultimo comma, l. 10 ottobre 1990 n. 287)⁵⁶¹ con la differenza che l'art. 2507

⁵⁵⁷ Ad essa fa riscontro nella legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366) l'art. 1, secondo comma, ove si precisa che la riforma avrebbe dovuto realizzarsi «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria». Il punto è sottolineato da ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. —.

⁵⁵⁸ Capo IX nella collocazione precedente.

⁵⁵⁹ V. ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. —.

⁵⁶⁰ V., *supra*, § 7.

⁵⁶¹ Sull'interpretazione di quella disposizione v., *ex multis*, BENEDETTELLI, *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza (riflessioni in margine al disegno di legge n. 3755 ed al regolamento comunitario sulle concentrazioni)*, in *Foro it.*, 1990, pp. 235 ss.; GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 39 ss.; FRIGNANI, *Commento sub art. 1*, in *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1997, pp. 93 ss.; UBERTAZZI, *Commento sub art. 1*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, pp. 2303 ss.

c.c. richiama i principi dell'ordinamento comunitario non soltanto per l'«interpretazione» delle disposizioni del capo XI ma anche per la loro «applicazione»⁵⁶².

La disposizione in esame, a tacer del fatto che essa non trova alcun riscontro nel testo della Relazione al decreto di riforma del diritto societario («il silenzio della relazione è assordante», scrive al riguardo Munari), ha lasciato insoddisfatti gran parte dei commentatori che hanno cercato di ricavarne il significato.

Innanzitutto, si è detto che l'art. 2507 peccherebbe nella sua stessa formulazione letterale poiché sarebbe stato più corretto parlare di principi «dell'ordinamento comunitario» o dell'Unione Europea piuttosto che di ordinamento delle «Comunità europee» dato che la CECA ha cessato di esistere e l'Euratom non ha alcuna rilevanza in materia di società⁵⁶³.

In secondo luogo, è stato osservato che alla previsione in questione non potrebbe riconoscersi carattere innovativo ma sarebbe sostanzialmente inutile perché formulata in termini «pedagogici» e pertanto «narrativi» di effetti già presenti ed operanti nel nostro ordinamento⁵⁶⁴. Il principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno con conseguente disapplicazione di quest'ultimo in caso di contrasto costituisce, infatti, un principio già da tempo consolidato nel nostro ordinamento e al quale la

⁵⁶² V. ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. __, il quale si chiede se questa circostanza possa valere «ad attribuire efficacia diretta al diritto comunitario anche laddove questo non avrebbe tale efficacia alla stregua dei propri principi», ed in particolare a riconoscere «l'efficacia diretta orizzontale (ossia anche nei rapporti interprivati) delle direttive incidenti sulla disciplina contenuta nel capo IX».

⁵⁶³ Così, MUNARI, (nt. 10), p. ____.

⁵⁶⁴ V. BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, p. 700, che la definisce «pedagogica». Cfr., altresì, PORTALE, (nt. 10), p. ____; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi del diritto comunitario*, (nt. 10), p. 95.

stessa Corte costituzionale ha riconosciuto anche fondamento costituzionale da rinvenirsi nell'art. 11 della nostra carta fondamentale⁵⁶⁵.

Inoltre, è criticabile il fatto che la disposizione in questione sia stata inserita soltanto con riguardo al capo XI del codice civile, quasi a dimenticare che la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno riguarda l'intero diritto italiano e non soltanto la disciplina delle società estere. Sarebbe stato perciò quantomeno preferibile attribuire alla norma una diversa collocazione sistematica in modo tale da conferirle portata generale in relazione all'intero diritto delle società.

Infine, ed è forse questa l'accusa principale mossa al legislatore, il legislatore avrebbe dovuto coordinare il principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario con l'art. 25 della legge sul diritto internazionale privato per adeguare il nostro diritto internazionale privato societario ai principi della «dottrina *Centros*»⁵⁶⁶, e avrebbe dovuto precisare «quali sono le disposizioni nazionali le cui sottese esigenze di ordine pubblico ne impongono l'osservanza da parte di società estere costituite in uno Stato della Comunità»⁵⁶⁷.

Su quest'ultimo punto non sembra a ben vedere potersi concordare. Infatti, mentre da un lato è vero, come si è dimostrato in precedenza, che l'art. 25, primo comma, ultimo periodo, della legge di riforma del diritto

⁵⁶⁵ V. la sentenza della Corte costituzionale del 23 aprile 1985, n. 113, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, pp. 386 ss.

⁵⁶⁶ In questo senso v., BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, (nt. 10), p. 711; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, (nt. 10), p. 39; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, (nt. 10), p. 94; PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, (nt. 10), pp. 125 ss. In senso contrario sembra però esprimersi V., GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, 2005, Bologna, Il Mulino, p. 91, secondo cui «la recente ... riforma del diritto societario italiano ... ha formulato una norma diretta ad escludere che siano da qualificare come società estere, da sottoporre alle norme a queste relative, le società costituite in altri Paesi dell'Unione Europea».

⁵⁶⁷ Così, CARBONE, (nt. 10), p. 94.

internazionale privato deve ritenersi inapplicabile per le società appartenenti a Stati membri, è anche vero che nel momento in cui la riforma fu redatta, un intervento sulla materia della società estere sarebbe stato probabilmente prematuro. Infatti: a) l'esatto significato da attribuire alla «dottrina *Centros*» era ancora piuttosto incerto e ampiamente dibattuto in dottrina (e lo è ancora oggi soprattutto con riguardo alla problematica delle norme di applicazione necessaria che potrebbero prevalere sulla *lex societatis*); b) la direttiva sulle fusioni transfrontaliere era ancora in discussione (essa è stata infatti approvata soltanto il 26 ottobre 2005); c) la direttiva sul trasferimento della sede era ancora in discussione; d) nessuno fra gli Stati che applicano il principio della sede reale o la teoria dell'incorporazione nella sua versione asimmetrica avevano ancora riformato la propria legislazione per coordinarla con la dottrina *Centros* (e, a quanto consta, nessuno ordinamento lo ha ancora fatto quantomeno per via parlamentare)⁵⁶⁸; e) anche l'estensione all'art. 25 del principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario di cui all'art. 2507 si sarebbe prestato alla medesima critica di ripetere un effetto già presente nel nostro ordinamento.

Se si tengono a mente le circostanze appena descritte sembra allora che la scelta legislativa di limitarsi a introdurre una disposizione interpretativa come quella che risulta dall'art. 2507 sia stata una scelta, seppure criticabile, perfettamente consapevole e coerente con l'evoluzione dei principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e possa essere interpretata nel duplice senso che il legislatore abbia voluto, da un lato, prendere atto degli effetti della «dottrina *Centros*» nel nostro ordinamento al fine di dare certezza agli operatori circa la volontà del nostro legislatore di accettare l'evoluzione del diritto comunitario descritta e, dall'altro, attendere

⁵⁶⁸ Anzi, il Belgio l'ha confermata.

e rinviare l'adeguamento del nostro diritto internazionale privato e sostanziale all'esito dell'ulteriore sviluppo dell'armonizzazione comunitaria, in considerazione della recente approvazione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere e dell'ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato intorno alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Resta, comunque, il fatto che un cenno esplicativo alla disposizione in esame nella Relazione di accompagnamento alla riforma sarebbe stata certamente opportuna.

Deve darsi conto, infine, dell'opinione di chi ha proposto la possibilità di estendere anche alle società extracomunitarie l'interpretazione ed applicazione in base ai principi del diritto comunitario con il risultato di assicurare alle prime un trattamento analogo a quello riservato alle società comunitarie⁵⁶⁹. La soluzione negativa sembra preferibile. In primo luogo, non si rinviene alcun indizio che consenta di sostenere la volontà del legislatore di interpretare estensivamente l'art. 2507. Anzi, l'esclusione della legittimità di un'interpretazione estensiva sembra dover derivare dalla natura eccezionale della disposizione. In secondo luogo, come è stato osservato, «poiché è lo stesso diritto comunitario che distingue tra società UE e società di paesi terzi ai fini della libertà di stabilimento .. se l'interpretazione dev'essere conforme al diritto comunitario, allora l'ordinamento interno non può che fare propria tale distinzione, sia pure in mancanza di analoga distinzione nella disciplina interna da interpretare alla stregua di quel diritto»⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ In questo senso si esprime isolatamente DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Casucci, Bari, 2004, p. 114, per vero senza offrire alcuna argomentazione. In senso contrario sembra orientato il resto della dottrina. Cfr., per tutti, ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, (nt. 10), p. ____; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 43.

⁵⁷⁰ Così, ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, (nt. 10), p. ____.

La situazione potrebbe cambiare in presenza di un trattato bilaterale che assicuri alle società straniere un trattamento non deteriore rispetto alle società italiane, o attribuisca privilegi di altro tipo quali la «clausola della nazione più favorita». Tali questioni saranno, tuttavia, affrontate nel prosieguo quando si tratterà degli accordi bilaterali per il riconoscimento degli enti.

17. Artt. 2507-2509-bis.

Occorre, infine, soffermarsi brevemente sulle disposizioni del capo XI, titolo V, del codice civile relativo alle «società costituite all'estero» (artt. 2508-2510), che l'art. 2507 vuole siano interpretate e applicate in base ai principi dell'ordinamento comunitario, per esaminare l'impatto di tali principi sull'applicazione della disciplina codicistica.

Le disposizioni in esame contengono norme unilaterali di applicazione necessaria per le società costituite all'estero le quali, sebbene non abbiano localizzato in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa, abbiano tuttavia istituito nel nostro Paese «una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile».

A queste società, la legge, data la minore intensità del contatto con il sistema italiano, impone obblighi di minore entità rispetto a quelli cui sono soggette le società straniere aventi la sede reale in Italia (art. 25, primo comma, ultima frase, l. dir. int. priv.). E' da ritenersi che l'elenco di obblighi cui sono sottoposte le sedi secondarie di società straniere debba avere carattere tassativo, ragion per cui una volta adempiuti gli obblighi stabiliti dal capo XI del codice civile, la società non potrà essere assoggettata a nessun altro obbligo o limite all'applicazione della *lex societatis*.

E' bene precisare, inoltre, che l'adempimento degli obblighi imposti alle sedi secondarie di società straniere dalla legge italiana non costituisce condizione per il riconoscimento della personalità giuridica di cui l'ente straniero gode in forza della sua legge di costituzione e, dunque, non incide sulla possibilità per l'ente di acquistare diritti e assumere obbligazioni. L'unica conseguenza del mancato rispetto delle disposizioni in esame sembra essere allora l'applicazione dell'apparato sanzionatorio previsto dalla nostra legge⁵⁷¹.

L'obiettivo delle disposizioni in esame è quello di assicurare l'accesso ad alcune informazioni ai terzi che entrano in contatto con la società per il tramite della sede secondaria. Queste informazioni riguardano la localizzazione della sede principale, la legge applicabile alla società, i soggetti che ne hanno i poteri rappresentativi e le regole di funzionamento⁵⁷². A questi interessi, potrebbe forse aggiungersi un più generale interesse (anche fiscale) dello Stato ad esercitare un controllo sulle attività esercitate sul suo territorio.

Innanzitutto, l'art. 2508 c.c. assoggetta le società straniere che stabiliscono in Italia una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile ad alcuni obblighi di pubblicità ed in particolare: a) al dovere di conformarsi, per ciascuna delle sedi secondarie istituite, alle disposizioni della legge italiana per ciò che concerne gli obblighi di pubblicazione degli atti sociali nel registro delle imprese. Va da sé che questi obblighi sono previsti in

⁵⁷¹ Questa soluzione è pressoché pacifica in dottrina. V., per tutti, ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. ____

⁵⁷² V., tuttavia, ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. ____, il quale rileva che la funzione ultima della pubblicità prescritta per le società costituite all'estero va in realtà oltre la tutela degli interessi dei terzi che entrano in contatto con le succursali e «serve, piuttosto, in ultima analisi ad agevolare le relazioni commerciali delle società estere stabilmente operanti in Italia, mediante la messa a disposizione di una serie di informazioni su di esse».

aggiunta all'obbligo di pubblicità che deve essere rispettato in sede di prima iscrizione della sede secondaria nel Registro delle imprese italiano; b) al dovere di pubblicare, secondo le medesime disposizioni, alcuni dati identificativi dei rappresentanti della sede secondaria (cognome, nome, la data e il luogo di nascita) e di indicarne i poteri; c) all'obbligo di indicare negli atti e nella corrispondenza delle sedi secondarie le indicazioni richieste dall'art. 2250 (sede sociale, l'ufficio del registro delle imprese straniero presso il quale la società è iscritta, numero di iscrizione, capitale sociale versato ed esistente, l'eventuale circostanza che la società ha un unico socio e l'eventuale stato di liquidazione in cui si trova la società) nonché l'ufficio del registro delle imprese presso la quale è iscritta la sede secondaria con il relativo numero di iscrizione.

Quanto agli effetti di tale pubblicità è stabilito, in attuazione dell'art. 1, secondo comma, dell'undicesima direttiva in materia di diritto societario (89/66/CEE), che una volta che questa è stata effettuata ai terzi che hanno compiuto operazioni con la sede secondaria non può essere più opposto che gli atti pubblicati sono difformi da quelli pubblicati nello Stato della sede principale. In altre parole, in caso di difformità tra le risultanze del Registro delle imprese italiano e quello straniero le prime prevalgono anche per quanto riguarda i poteri di amministratori e altri rappresentanti.

La disposizione in esame assoggetta, infine, le società estere con sede secondaria in Italia «alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni» (ottenimento di particolari autorizzazioni amministrative per svolgere una determinata attività come per esempio l'attività finanziaria, creditizia e assicurativa, legislazione in materia di rapporti di lavoro, disposizioni relative alla tenuta

delle scritture contabili, legislazione in materia di mercati finanziari e di fallimento, disposizioni tributarie etc.)⁵⁷³.

L'obbligo della pubblicità è stato attenuato per le società comunitarie dall'art. 101-*quater* del codice civile introdotto dal d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516 che, nel recepire l'undicesima direttiva, ha previsto che le società comunitarie che stabiliscono nel territorio dello Stato più sedi secondarie con rappresentanza stabile possono attuare «la pubblicità dell'atto costitutivo, dello statuto e dei bilanci nell'ufficio del registro delle imprese di una soltanto delle sedi secondarie, depositando negli altri l'attestazione dell'eseguita pubblicità». In questo modo si ammette che, nel caso in cui una società voglia stabilire più succursali in un medesimo Stato, le parti potranno scegliere una succursale «principale» dove saranno adempiuti tutti gli obblighi di pubblicità e un numero indeterminato di succursali «secondarie» dove sarà sufficiente depositare in sede di apertura l'indicazione della succursale principale, con l'esclusione di qualsiasi altro obbligo di pubblicità.

Poiché le disposizioni della legge italiana alle quali le società straniere che stabiliscono una sede secondaria in Italia devono conformarsi dipende dal tipo societario che viene in questione nel caso concreto, il successivo art. 2509 si occupa, poi, delle società straniere che non siano assimilabili a nessuno dei tipi previsti dal nostro ordinamento e prescrive che queste società siano regolate dalle norme in materia della società per azioni per ciò che riguarda gli obblighi di pubblicità e la responsabilità degli amministratori. Le società straniere che corrispondano ad uno dei tipi

⁵⁷³ Sul significato e la portata dell'art. 2508 v. ampiamente, ENRIQUES, *op. ult. cit.*, pp. ____ ss; SIMONETTO, *Commento sub artt. 2505-2510 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna, 1976, pp. 389 ss.

previsti dalla legge italiana saranno soggette agli obblighi di pubblicità stabiliti per quel tipo.

L'art. 2509-*bis* prevede una sanzione per il caso di inosservanza degli obblighi pubblicitari previsti dall'art. 2508. La sanzione è particolarmente grave e consiste nella responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali dei soggetti che hanno agito per conto della società.

L'art. 2510, infine, fa salve «le disposizioni delle leggi speciali che vietino o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentanti interessi stranieri». Questa disposizione non verrà presa in considerazione in questa sede a causa dello scarso interesse teorico e pratico che presenta al giorno d'oggi⁵⁷⁴, ed anche perché dovrebbero essere le eventuali leggi speciali cui la norma fa riferimento a stabilire il loro campo di applicazione. Va da sé, comunque, che anche qualora si voglia attribuire un significato attuale alla stessa, le leggi speciali richiamate resteranno pur sempre soggette al vaglio di legittimità comunitaria al pari di tutte le leggi interne.

In generale può dirsi che l'applicazione della disciplina in materia di succursali di società straniere alla quale si è accennato potrebbe porsi in contrasto con i principi comunitari in tema di libertà di stabilimento nella misura in cui essa: a) incide su questioni che la *lex societatis* riconduce alla

⁵⁷⁴ V., ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. __, il quale ricorda l'osservazione del Monaco secondo cui è da supporre che la norma in questione «sia stata contemplata in relazione alla legislazione speciale vigente in Italia nel momento della redazione del codice ed occasionata dalla guerra». Inoltre, come sottolinea correttamente Enriques, la salvezza delle leggi speciali richiamata dall'art. 2510 avrebbe già potuto desumersi «dai principi in materia di successione delle leggi nel tempo». Sebbene oggi sia difficile individuare esempi di leggi speciali del genere tuttora in vigore, quali esempi concreti di leggi speciali di questo tipo in passato si possono riportare le disposizioni del codice della navigazione in tema di società proprietarie di navi o di aeromobili (artt. 143, secondo comma e 751, lett. c, cod. nav.) e le leggi di guerra (r.d. 8 luglio 1938, n. 1415) che si preoccupavano di introdurre strumenti giuridici per negare il riconoscimento della personalità giuridica alle società commerciali obbedienti ad impulsi economici e politici stranieri e rafforzare così l'effettività delle misure prese contro i sudditi delle potenze nemiche.

propria competenza; b) prevede per lo stabilimento secondario delle società comunitarie ed in particolare per l'istituzione di una sede secondaria obblighi ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'undicesima direttiva o introduce comunque un trattamento discriminatorio per le succursali di società straniere rispetto alle succursali di società italiane⁵⁷⁵; c) tale trattamento «sfavorevole» o «discriminatorio» non è giustificabile alla luce della dottrina delle esigenze imperative (principio di non discriminazione, principio dell'interesse generale, principio dell'idoneità allo scopo, principio di proporzionalità). In tutti questi casi, la disciplina interna andrà disapplicata quando venga in considerazione una società comunitaria o una società soggetta alla legge di uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo, al quale l'undicesima direttiva è stata espressamente estesa.

Orbene, profili di illegittimità comunitaria sembrano potersi individuare in numerose disposizioni del capo IX in esame.

L'art. 2508, primo comma, deve essere interpretato nel senso che gli atti sociali per i quali è legittimo imporre ad una società comunitaria l'iscrizione nel registro dell'impresa italiano possono essere soltanto quelli imposti o consentiti dall'undicesima direttiva (art. 2, primo e secondo comma) e non, invece, tutti quelli per i quali il codice civile prevede la pubblicazione⁵⁷⁶. L'undicesima direttiva è, infatti, una direttiva di armonizzazione massima, ragion per cui l'elencazione contenuta nella stessa deve ritenersi esaustiva.

⁵⁷⁵ Sui rapporti fra l'undicesima direttiva e le disposizioni del capo IX in materia di sedi secondarie di società estere v., ENRIQUES, *op. ult. cit.*, pp. ____ ss.; BENEDETTELLI, *Le direttive comunitarie sulla pubblicità delle «succursali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, pp. 845 ss.; DONNINI, *Pubblicità delle succursali stabilite in uno Stato membro*, in *Soc.*, 1990, pp. 585 ss.

⁵⁷⁶ Questo vale per le società coperte dall'Undicesima direttiva, mentre per quelle non coperte occorrerà fare riferimento ai principi generali in materia di restrizioni alla libertà di stabilimento.

Orbene, al riguardo, ed in via soltanto esemplificativa⁵⁷⁷, non sembrano poter trovare applicazione alle succursali di società comunitarie gli obblighi di iscrizione relativi: alla dichiarazione che la società ha un unico azionista o un unico socio (artt. 2362 e 2470 rispettivamente per le s.p.a. e per le s.r.l.), ai patti parasociali nei casi in cui è prevista l'iscrizione (art. 2341-*ter*), all'emissione di obbligazioni e strumenti finanziari da parte di s.p.a. (art. 2410) e di titoli di debito da parte di s.r.l. (art. 2410, secondo comma, art. 2420-*ter*, terzo comma, e art. 2483, terzo comma), alla costituzione di patrimoni o finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 2447-*quater*), alla pubblicità delle vicende relative agli amministratori e ai sindaci, alla cessione di quote di s.r.l. (art. 2470, secondo comma), all'atto di fusione o di scissione (art. 250-*ter*, terzo comma).

Sempre con riguardo al primo comma dell'art. 2508, deve rilevarsi che la riforma del diritto societario del 2003 ha mancato di adeguare la disposizione a quello che sembra essere il nuovo approccio del legislatore in materia di amministratore persona giuridica. Infatti, come si è detto in altra sede, il fatto che la disposizione di attuazione del nuovo art. 2361, secondo comma, ipotizzi che tutti i soci illimitatamente responsabili di una società di persone possano essere società di capitali significa ammettere implicitamente che l'amministrazione di una società possa essere affidata ad un'altra società. Diversamente, la previsione diventerebbe inconciliabile con la disciplina della società in accomandita semplice se si considera che in questo tipo sociale il potere di amministrazione può essere conferito soltanto ai soci accomandatari, i quali, in base al nuovo art. 2361, secondo comma, potrebbero anche essere tutti persone giuridiche⁵⁷⁸. Una volta ammessa la

⁵⁷⁷ Per una elencazione più esaustiva v. ENRIQUES, *op. ult. cit.*, pp. __ ss.

⁵⁷⁸ V., DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 294.

figura dell'amministratore persona giuridica non sembra che vi siano buone ragioni per impedire che rappresentante della sede secondaria di una società straniera possa essere anche una persona giuridica.

Allo stesso modo non potrà trovare applicazione il terzo comma dell'art. 2508 nella misura in cui imponga alle società costituite in uno Stato membro oneri e obblighi analoghi a quelli già gravanti su tali soggetti in base alla legge di costituzione. Può segnalarsi al riguardo che una decisione della Corte di Giustizia del 6 giugno 1996 (in causa C-101-94, *Commissione c. Italia*) ha ritenuto in contrasto con le norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi la legge n. 1 del 1991 nella parte in cui riservava alle sole società con sede legale in Italia il diritto di esercitare l'attività di intermediazione mobiliare.

Sempre a proposito del terzo comma dell'art. 2508, deve condividersi l'opinione di chi ha messo in dubbio la possibilità di imporre l'applicazione delle norme in materia di scritture contabili alle sedi secondarie di società comunitarie, in base all'osservazione che una tale interpretazione sarebbe incompatibile con il nono considerando dell'undicesima direttiva (la quale preclude agli Stati membri l'imposizione di obblighi di pubblicità di documenti contabili relativi alla sede secondaria) e con «la scelta del legislatore italiano di non valersi della facoltà prevista dall'art. 9, paragrafo 1, secondo periodo della medesima direttiva»⁵⁷⁹. Infatti, «da quest'ultima disposizione, che fa riferimento esplicitamente alla facoltà di esigere che i bilanci della sede secondaria siano compilati e resi pubblici si evince che l'art. 3 della medesima e il nono considerando vadano interpretati nel senso che uno Stato membro non possa neppure imporre la mera redazione (senza pubblicità) di un bilancio separato per la succursale».

⁵⁷⁹ Così, ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. ____.

Infine, il contenuto delle indicazioni negli atti e nella corrispondenza imposto dall'ultimo comma dell'art. 2508, così come formulato, travalica i limiti stabiliti dal legislatore comunitario⁵⁸⁰. La disposizione in questione intende dare attuazione all'art. 6 dell'undicesima direttiva a norma del quale «gli Stati membri prescrivono che le lettere e gli ordinativi utilizzati dalle succursali indichino oltre alle menzioni prescritte dall'art. 4 della direttiva 68/151/CEE (prima direttiva in materia di diritto societario), il registro delle imprese presso il quale è costituito il fascicolo della succursale nonché il numero di iscrizione della succursale in detto registro». Orbene, mentre queste ultime due indicazioni sono state fedelmente trasposte nell'ultimo comma dell'art. 2508, le ulteriori indicazioni richieste attraverso il rimando all'art. 2250 c.c. eccedono quanto prescritto dalla prima direttiva. In particolare, la prima direttiva non prevede l'obbligo di indicare negli atti e nella corrispondenza il capitale sociale versato ed esistente e la circostanza che la società ha un unico socio. Pertanto, a questi obblighi non possono ritenersi assoggettate le sedi secondarie di società comunitarie.

L'art. 2509 esce notevolmente depotenziato dall'interpretazione secondo i principi comunitari. In primo luogo, gli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali non potranno essere imposti, al pari di quanto detto a proposito dell'art. 2508, primo comma, oltre i limiti fissati dall'undicesima direttiva. In secondo luogo, la responsabilità illimitata degli amministratori, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Inspire Art*, dovrà essere regolata dalla legge del Paese di costituzione e deve considerarsi quindi illegittima l'imposizione della legge italiana. Restano salvi, infine, i principi in materia di libertà di stabilimento

⁵⁸⁰ In senso analogo v. ENRIQUES, *op. ult. cit.*, pp. __ ss.

alla luce dei quali dovrà essere verificata la compatibilità delle disposizioni interne.

Anche la sanzione stabilita dall'art. 2509-*bis* deve probabilmente essere considerata discriminatoria e quindi restrittiva della libertà di stabilimento garantita dal Trattato⁵⁸¹. La norma in questione, infatti, stabilisce una sanzione diversa e più severa rispetto a quella prevista per la mancata iscrizione di una sede secondaria di società italiana per la quale è prevista soltanto una sanzione amministrativa (art. 2299 c.c.)⁵⁸². In particolare, essa equipara la situazione dei rappresentanti della sede secondaria italiana di una società comunitaria che abbiano omissso l'iscrizione della sede secondaria a quella degli amministratori che agiscono per conto di una società italiana prima dell'iscrizione nel registro delle imprese della società stessa (art. 2331, secondo comma c.c.) trattando in ultima istanza la società comunitaria inadempiente come se fosse priva di personalità giuridica⁵⁸³. Una sanzione del genere sembra difficilmente giustificabile sotto il profilo della «proporzionalità».

La soluzione potrebbe essere diversa qualora si considerasse l'iscrizione di una sede secondaria di società straniera assimilabile, non all'iscrizione della sede secondaria di una società italiana, ma all'iscrizione

⁵⁸¹ In senso analogo, ENRIQUES, (nt. 10), p. ____; PERNAZZA, (nt. 10), p. 13; *Contra*, v. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, (nt. 10), p. 42; PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, (nt. 10), p. 376.

⁵⁸² V., ENRIQUES, (nt. 10), secondo cui la mancata iscrizione di sede secondaria di società straniera non sarebbe neppure assimilabile alla mancata iscrizione di sede secondaria di società italiana sotto il profilo che mentre quando «se tratta di una società italiana, grazie alle reti informatiche nazionali, il terzo che contratti con il rappresentante di una sede secondaria irregolare non avrà particolari difficoltà a reperire dal registro delle imprese italiano tutte le informazioni che l'ordinamento gli mette a disposizione, mentre dovrà sostenere costi assai più elevati (e rischi giuridici maggiori) se vorrà rivolgersi al registro delle imprese del paese d'origine della società estera».

⁵⁸³ La sanzione prevista della disposizione in esame ricorda molto, inoltre, la sanzione prevista dalla legge olandese sulle società formalmente straniere (WFBV) dichiarata incompatibile con il diritto comunitario nel caso *Inspire Art. V.*, *supra*, § ____.

di una società italiana nel registro delle imprese. In questo caso, infatti, la sanzione del non riconoscimento della personalità sarebbe uguale a quella stabilita per le società italiane e, dunque, non discriminatoria⁵⁸⁴. Una soluzione del genere non sembra, tuttavia, accettabile⁵⁸⁵. Infatti, se è vero che l'iscrizione della società nel registro delle imprese fa di regola acquistare personalità giuridica alla società l'obbligo imposto in capo alla sede secondaria di una società comunitaria di effettuare una nuova iscrizione equivarrebbe nella sostanza alla negazione della personalità giuridica che la società possiede nell'ordinamento di costituzione. Inoltre, è la stessa undicesima direttiva che parte dal presupposto dell'esistenza della personalità giuridica della società che intende effettuare lo stabilimento secondario nell'ordinamento di origine. Diversamente, qualora la società non fosse già esistente nell'ordinamento di origine non potrebbe neppure parlarsi di stabilimento secondario.

Resta, infine, fermo l'ostacolo del principio dell'«adeguatezza» previsto dall'art. 12 dell'undicesima direttiva, che riconosce agli Stati membri il diritto di prevedere «adeguate sanzioni» per i casi di inottemperanza degli obblighi di pubblicità. La sanzione prevista dall'art. 2509-*bis* e' probabilmente eccessiva e, dunque, non «adeguata»..

Una volta dimostrata l'incompatibilità dell'art. 2509-*bis* con i principi del diritto comunitario sembra che la sanzione applicabile per la violazione degli obblighi imposti dall'art. 2508 non possa che essere quella prevista dall'art. 2630 c.c. consistente nella sanzione amministrativa pecuniaria da 206 euro a 2.065 euro a carico di chi, «essendovi tenuto per legge a causa

⁵⁸⁴ In argomento v. LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata civile*, 2005, pp. 366 ss.

⁵⁸⁵ In senso contrario si esprime, invece, PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, (nt. 10), p. 376.

delle funzioni rivestite in una società ... omette di eseguire nei termini prescritti, denunce, comunicazioni o depositi presso il registro delle imprese». Peraltro, una così lieve sanzione potrebbe addirittura porsi in contrasto sotto il profilo dell'«adeguatezza» in relazione all'art. 12 dell'undicesima direttiva che prescrive gli Stati membri adottino «adeguate sanzioni» per i casi di inottemperanza degli obblighi di pubblicità.

Gli artt. 2507-2510 non regolano il procedimento per l'apertura di una sede secondaria la cui disciplina deve ricavarsi da disposizioni sparse in varie leggi. Ai fini della registrazione della sede secondaria in Italia si ritiene necessario l'intervento del notaio (art. 106, n. 4, l. 16 febbraio 1913, n. 89)⁵⁸⁶. In particolare, la delibera di istituzione della sede secondaria approvata in base alla *lex societatis*, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto della società nonché al certificato di esistenza della società debitamente legalizzato o munito di apostille (così come previsto dall'undicesima direttiva), dovranno essere depositati da persona fornita dei necessari poteri presso un notaio italiano (essendo a tal fine prevista la forma solenne dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata). Tutti i documenti redatti in lingua straniera devono essere accompagnati da una traduzione in lingua italiana asseverata innanzi al cancelliere del tribunale o eseguita presso una rappresentanza diplomatica italiana all'estero e devono riportare gli estremi della pubblicità attuata nello Stato di costituzione (art. 101-ter, disp. att. c.c., che da attuazione all'art. 4 dell'undicesima direttiva)⁵⁸⁷. Il

⁵⁸⁶ V., tuttavia, ENRIQUES, *op. ult. cit.*, pp. __ ss., secondo cui l'intervento del notaio sarebbe necessario soltanto ove in base alla *lex societatis* l'apertura di una sede secondaria all'estero comporti una modifica dell'atto costitutivo o richieda formalità equivalente all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata. *Contra v., ex multis*, PETRELLI, (nt. 10), p. 373; LAURINI, *L'istituzione di sedi secondarie di società estere e la nuova disciplina del diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 1996, p. 252.

⁵⁸⁷ V., ENRIQUES, *op. ult. cit.*, p. __, il quale osserva che poiché l'art. 4 dell'undicesima direttiva consente agli Stati membri di richiedere la traduzione autenticata limitatamente all'atto costitutivo, allo statuto, alle modificazioni di questi e ai bilanci, la traduzione autenticata non potrebbe aver ad

termine per l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese italiano è di trenta giorni dal deposito notarile e in ogni caso di non più di quarantacinque giorni dalla formazione dell'atto nel caso di atto formato all'estero (art. unico, secondo comma, l. 13 marzo 1980 n. 73, così come modificato in sede di recepimento dell'undicesima direttiva).

Il medesimo procedimento (deposito presso un notaio o presso l'archivio notarile e iscrizione nel registro delle imprese a cura di quest'ultimo) dovrà essere seguito per tutti gli atti con i quali si modifica la sede secondaria (nomina di un nuovo rappresentante, trasferimento, soppressione, etc.).

18. Estensione dei principi della «dottrina Centros» alle società appartenenti a Stati extracomunitari che abbiano stipulato con l'Italia accordi per il riconoscimento reciproco degli enti collettivi.

Ci si chiesti se i principi della «dottrina Centros» debbano trovare applicazione anche alle società costituite al di fuori dell'Unione Europea e dello Spazio Economico Europeo. Il riferimento è in particolare a quelle società appartenenti a Stati che abbiano stipulato con l'Italia accordi bilaterali di natura commerciale.

Questo tipo di accordi assumono le denominazioni più varie (Trattati di commercio, Trattati o Convenzioni di commercio e navigazione, Trattati di amicizia, commercio e navigazione, Convenzioni di stabilimento,

oggetto alcun altro documento dovendosi la disposizione interpretare in senso restrittivo, e dovrebbe di conseguenza ritenersi illegittima l'imposizione da parte della legge italiana dell'obbligo di asseverare la traduzione della delibera di iscrizione della sede secondaria in Italia, ove secondo la legge straniera tale delibera non comporti modificazione dell'atto costitutivo. Deve, comunque, osservarsi, che difficilmente potrebbe imporsi all'ufficio del registro delle imprese di ricevere un documento redatto in lingua straniera non accompagnato da traduzione. Lo stesso vale per il notaio italiano quando non conosca la lingua nella quale è stata redatta la delibera.

Convenzioni consolari) ma presentano la caratteristica comune di contenere clausole per il reciproco riconoscimento e il trattamento degli enti collettivi che attribuiscono alle società che presentano particolari collegamenti con uno Stato contraente il diritto di stabilimento, un trattamento particolarmente favorevole (ad es. trattamento nazionale) o altri privilegi simili nell'altro Stato contraente⁵⁸⁸.

Essi riguardano, quindi, non soltanto il riconoscimento e il trattamento degli enti collettivi stranieri in Italia ma anche la posizione giuridica degli enti collettivi italiani all'estero. L'Italia ha stipulato numerosi accordi del genere che si collocano tutti a partire dalla prima metà dell'ottocento fino agli anni sessanta⁵⁸⁹. Si possono ricordare in particolare: il Trattato di commercio e navigazione con il Belgio del 29 dicembre 1882, il Trattato di commercio e navigazione con il Cile del 12 luglio 1898, il Trattato di amicizia commercio e navigazione con Cuba del 29 dicembre 1903, il Trattato italo-danese di commercio e navigazione dell'1 maggio 1864, il Trattato di commercio e navigazione con El Salvador del 19 marzo 1934, il Trattato di commercio e navigazione con la Finlandia del 22 ottobre 1924, la Convenzione di stabilimento con la Francia del 25 agosto 1951, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con la Germania del 21 novembre 1957, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con la Grecia del 5 novembre

⁵⁸⁸ Con riferimento alla prassi italiana è possibile notare che soltanto in due casi gli accordi in questione hanno ad oggetto esclusivamente la materia delle società (Convenzione Italia – Paesi Bassi dell'11 aprile 1868 «relativa alle società anonime ed altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie» e Convenzione consolare Italia - Spagna del 21 luglio 1867 sul «regime tributario delle società»), mentre in tutti gli altri casi essi presentano un contenuto più ampio in materia di scambi commerciali fra gli Stati contraenti.

⁵⁸⁹ In materia v. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, Torino, 1973, pp. 103 ss.; BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. B. Portale, Utet, Torino, 1994, pp. 92 ss.; MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Collana di studi giuridici della facoltà di economia e commercio dell'Università di Padova, 1978; GIULIANO-LANFRANCHI-TREVES, *Corpo – indice degli accordi bilaterali in vigore tra l'Italia e gli Stati esteri*, Milano, 1968.

1948, la Convenzione di commercio e navigazione con Haiti del 14 giugno 1964, il Trattato di commercio, stabilimento e navigazione con l'Iran del 26 gennaio 1955, il Trattato di commercio e navigazione con l'Islanda del 1 maggio 1864, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con il Libano del 15 febbraio 1949, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con la Liberia del 23 ottobre 1862, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con Nicaragua del 25 gennaio 1906, il Trattato di commercio e navigazione con la Norvegia del 14 giugno 1862, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con Panama del 7 ottobre 1965, il Trattato di commercio con la Polonia del 12 maggio 1922, il Trattato di commercio e navigazione con il Perù del 23 dicembre 1874, il Trattato di commercio e navigazione con il Portogallo del 4 agosto 1934, la Convenzione di amicizia e buon vicinato con San Marino, del 31 marzo 1939, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con gli Stati Uniti d'America del 2 febbraio 1948, modificato dall'Accordo integrativo firmato a Washington il 26 settembre 1951, il Trattato di commercio e navigazione con la Spezie del 22 luglio 1878, il Trattato di commercio con la Svizzera del 27 gennaio 1923 esteso al Liechtenstein con scambio di note effettuato a Roma il 16 maggio - 19 giugno 1924, il Trattato di amicizia, commercio e navigazione con la Thailandia del 3 dicembre 1937, il Trattato di commercio e di navigazione con l'Ungheria del 4 luglio 1928, il Trattato di commercio e navigazione con l'Unione Sovietica dell'11 dicembre 1948 e il Trattato di commercio e navigazione con il Venezuela del 19 giugno 1861⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Per le leggi di esecuzione, scambio di ratifiche, scambio di note di adesione, entrata in vigore, durata dell'accordo, pubblicazione, note, clausole e per i testi dei Trattati citati v. le banche dati dei Trattati stipulati dall'Italia sul sito del Ministero degli esteri. Per informazioni e testi su alcuni degli accordi più recenti v., inoltre, MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, Collana di studi giuridici della facoltà di economia e commercio dell'Università di Padova, 1978, pp. 73 ss.

La domanda che occorre porsi è se tali accordi impongano agli Stati contraenti di riconoscere gli enti collettivi che presentino i criteri di collegamento da essi individuati in base alla *lex incorporationis*, precludendo l'applicazione di eventuali criteri internazionalprivatistici dai quali deriverebbe l'imposizione della legge del Paese di stabilimento. Con particolare riferimento all'Italia la questione verte allora sull'applicabilità a questi enti dell'ultima parte dell'art. 25, primo comma, della legge sul diritto internazionale privato, e in particolare sulla possibilità di imporre ad essi l'adeguamento alla legge italiana nel momento in cui stabiliscano la sede reale in Italia. Allo stesso modo è necessario determinare l'eventuale obbligo di adeguamento delle società italiane che stabiliscano la propria sede amministrativa in uno Stato contraente che adotti la teoria della sede.

La questione assume rilevanza soltanto con riguardo agli Stati che non sono membri dell'Unione Europea né dello Spazio Economico Europeo. Infatti, per questi Paesi le clausole degli accordi bilaterali in esame (e spesso l'intero contenuto di tali accordi commerciali) devono ritenersi superate dall'integrazione comunitaria e dai principi della libertà di stabilimento. Per questo motivo gli accordi stipulati dall'Italia con gli Stati comunitari e con quelli aderenti allo Spazio Economico Europeo non saranno presi in considerazione.

Un approccio tendente a valorizzare la portata degli accordi bilaterali di commercio è stato recentemente adottato dalla Germania dove la Suprema Corte ha stabilito che in virtù del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 29 ottobre 1954 stipulato tra la Repubblica Federale Tedesca e gli Stati Uniti⁵⁹¹, una società validamente costituita in Florida deve essere riconosciuta secondo la propria *lex incorporationis* a prescindere dal luogo in

⁵⁹¹ Il testo del Trattato è reperibile sulla *Bundesgesetzblatt* del 1956, II, pp. 487 ss.

cui sia situata la sua sede reale⁵⁹². Sempre in virtù del suddetto Trattato, un'altra Corte tedesca ha statuito che in relazione ad un contratto concluso negli Stati Uniti da una società costituita nel Delaware ma avente sede amministrativa in Germania la responsabilità dei soci per i debiti è disciplinata secondo il diritto dello Stato del Delaware⁵⁹³. In altre parole, la giurisprudenza tedesca tende a riconoscere la prevalenza di tali accordi bilaterali sul diritto internazionale privato nazionale, con conseguente applicazione del principio della *lex incorporationis* alle società costituite negli Stati contraenti⁵⁹⁴.

Con riguardo all'Italia, sebbene manchi una casistica giurisprudenziale recente deve rilevarsi che le poche volte in cui le nostre Corti si sono pronunciate sull'interpretazione degli accordi in esame esse ne hanno sempre interpretato il significato in maniera più restrittiva. In primo luogo, può ricordarsi una, sentenza della Corte di appello di Firenze del 1973 la quale ha stabilito che in virtù dell'art. II, paragrafo 2, del Trattato di amicizia, commercio e navigazione stipulato il 2 febbraio 1948 tra Italia e Stati Uniti d'America «lo stato giuridico e quindi la personalità giuridica di una società statunitense debbano essere comunque riconosciuti nel nostro ordinamento anche se questa società abbia la sua sede in Italia ed ivi non abbia adempiuto a quanto previsto dalle leggi italiane per l'acquisto della

⁵⁹² V. la decisione del *Bundesgerichtshof* del 29 gennaio 2003, in 57 WM, pp. 699 ss. La Suprema Corte tedesca si era già espressa nello stesso senso in un caso relativo ad una *limited partnership* costituita nello Stato di New York (v. la decisione del *Bundesgerichtshof* del 23 aprile 2002, in 57 WM, pp. 2286 ss.). Sul punto v. EBKE, (nt. 10), pp. 46 ss.

⁵⁹³ V. la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 5 luglio 2004, in 50 RIW, pp. 787 ss.

⁵⁹⁴ In senso critico verso queste decisioni sembra esprimersi EBKE, (nt. 10), pp. 48 ss. il quale in primo luogo sottolinea che essendo negli Stati Uniti il diritto internazionale privato societario una materia di competenza statale e non federale il Governo americano non avrebbe neppure avuto il potere di imporre una norma di conflitto ai singoli Stati per mezzo della stipulazione di un Trattato, e in secondo luogo si interroga sulla possibilità di estendere i principi sulla libertà comunitaria di stabilimento agli accordi bilaterali.

personalità giuridica»⁵⁹⁵. La Corte, tuttavia, ha temperato questo principio rilevando che sebbene il Trattato in vigore fra l'Italia e gli Stati Uniti imponga «comunque il riconoscimento della personalità giuridica alle società statunitensi a prescindere dalla loro iscrizione nel registro delle imprese non esclude però che esse, per evitare le conseguenze dell'art. 2508 c.c. (vecchia formulazione) debbano comunque procedere alle formalità di cui all'art. 2506 c.c. (vecchia formulazione), formalità che se sono previste e volute nel caso di stabilimento nello Stato di sedi secondarie, tanto più devono applicarsi alle sedi principali». Dunque, la Corte di appello di Firenze da un lato ha riconosciuto la prevalenza del Trattato sul diritto internazionale privato italiano e dall'altro ha imposto l'obbligo per le società statunitensi che stabiliscono in Italia la loro sede di operare per il tramite di una succursale pena la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali per coloro che hanno agito in nome della società fino all'adempimento di tale obbligo⁵⁹⁶.

Una posizione parzialmente diversa (è più restrittiva) ha, invece, assunto la Corte di cassazione allorché si è trovata ad occuparsi della questione della portata delle disposizioni degli accordi bilaterali sul riconoscimento delle persone giuridiche in relazione alla possibilità di

⁵⁹⁵ La sentenza, inedita, è citata da BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. B. Portale, Utet, Torino, 1994, p. 94.

⁵⁹⁶ Un ulteriore precedente giurisprudenziale relativo all'applicazione del Trattato di amicizia tra Italia e Stati Uniti si è avuto nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 20 luglio 1989 relativa al caso *Elettronica Sicula s.p.a.* (in CIJ, *Recueil*, 1989, pp. 15 ss.). Tuttavia, in questo caso la controversia non riguardava lo statuto personale della società bensì la possibilità per uno Stato contraente (nel caso di specie gli Stati Uniti) di agire in protezione diplomatica di una società costituita nell'altro Stato contraente (nel caso di specie l'Italia) ma controllata da due società appartenenti al primo Stato per comportamenti internazionalmente illeciti del secondo. La Corte Internazionale di Giustizia riconosceva tale diritto proprio in applicazione del Trattato di amicizia che lega l'Italia agli Stati Uniti. Sulla protezione diplomatica delle società v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, pp. 217 ss.

riconoscere nel nostro ordinamento le *Anstalten* del Liechtenstein⁵⁹⁷. Come è si è detto in precedenza, infatti, il Liechtenstein è legato all'Italia dal Trattato di commercio italo-svizzero del 27 gennaio 1923 (reso esecutivo in Italia con la legge 16 dicembre 1923 n. 2934), che, a seguito della unione doganale del 29 marzo 1923 tra Svizzera e Liechtenstein, è stato appunto esteso anche a questo Stato con scambio di note 16 maggio – 9 giugno 1924 (approvato con la legge 24 dicembre 1928 n. 3448). La Corte, rifiutando l'orientamento fino ad allora dominante nella giurisprudenza di legittimità, ha innanzitutto affermato l'obbligo per l'Italia di riconoscere l'esistenza delle *Anstalten* in virtù del Trattato bilaterale che lega i due Paesi e che attribuisce il diritto di stabilimento nei rispettivi territori delle società costituite o autorizzate secondo la legge di uno degli Stati contraenti. Al riguardo rilevava la Corte che sebbene l'unipersonalità di tali persone giuridiche fosse in contrasto con il principio della necessaria plurilateralità del contratto di società allora vigente in Italia, tale principio non poteva, tuttavia, essere elevato a norma di ordine pubblico tale da giustificare il diniego del riconoscimento. La soluzione sembra corretta se si pensa, per esempio, alla formulazione del Trattato di amicizia con gli Stati Uniti d'America dove è espressamente previsto che lo stato giuridico delle società costituite in ognuno degli Stati contraenti deve essere riconosciuto nell'altro Stato contraente (art 2). Orbene, già al tempo della stipulazione del Trattato molti ordinamenti societari statunitensi, tra cui il Delaware e lo Stato di New York, non richiedevano la pluralità dei fondatori. L'espresso riconoscimento delle *corporations* americane esclude allora di elevare il principio della pluripersonalità delle società a principio di ordine pubblico.

⁵⁹⁷ Sui termini del dibattito v., *supra*, cap. II, § ____.

Tuttavia, dopo aver affermato l'obbligo di riconoscimento in Italia delle *Anstalten* la Corte stabiliva che per l'attività svolta in Italia tali enti dovevano ritenersi soggetti alle norme inderogabili di diritto interno tra cui il vecchio art. 2362 c.c. che stabiliva la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali dell'unico socio⁵⁹⁸. In altre parole, la Corte sembra voler distinguere il momento del riconoscimento (che non può essere negato salvo il limite dell'ordine pubblico) da quello del trattamento che resterebbe regolato dalla disciplina generale con conseguente applicazione delle norme inderogabili di diritto interno.

La questione dell'applicabilità del diritto internazionale privato alle società appartenenti a Stati che hanno stipulato accordi per il riconoscimento merita ulteriore approfondimento. In primo luogo, deve premettersi che non sembrerebbe ragionevole estendere *tout court* l'applicazione dei principi della «dottrina *Centros*» alle società extracomunitarie. Infatti, come si è più volte ripetuto, la *ratio* sottesa all'interpretazione estensiva della libertà comunitaria di stabilimento fornita dalla Corte di giustizia è da rinvenirsi da un lato nella limitazione di sovranità che gli Stati hanno accettato nell'aderire al processo di costruzione comunitaria al fine della creazione di un mercato unico e nel conseguente obbligo degli Stati membri di rimuovere le barriere che ostacolano la libertà di stabilimento, e dall'altro nel processo di armonizzazione comunitaria del diritto societario che ha lo scopo di facilitare il mutuo riconoscimento delle società. Sotto questo profilo, risulta evidente come questi obiettivi e queste garanzie siano estranee agli accordi in esame.

⁵⁹⁸ V. Cass. 28 luglio 1977 n. 278, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 327, con nota di FERRI; Cass. 14 aprile 1980, n. 2414 in *Foro it.*, 1980, pp. 1303 ss.; Cass. 15 febbraio 1993, n. 1853, in *Foro it.*, 1993, pp. 2535 ss.

La disposizione dalla quale bisogna partire nell'analisi dei rapporti fra diritto internazionale privato e gli accordi bilaterali in questione sembra essere piuttosto l'art. 2 della legge sul diritto internazionale privato la quale limita l'ambito di operatività delle norme di collegamento alla condizione che esse non pregiudichino «l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia». Questa norma sembra quindi affermare la prevalenza delle convenzioni internazionali stipulate dall'Italia sul diritto internazionale privato. La domanda che occorre porsi è allora se «l'applicazione delle convenzioni internazionali» in esame sia incompatibile con il dettato dell'art. 25, primo comma, ultima parte, che stabilisce l'applicazione della legge italiana quando la sede reale di una società costituita all'estero si trova in Italia. Poiché, come si è anticipato, il contenuto degli accordi bilaterali in esame è assai vario, una risposta in termini generali non può essere data, ma dipenderà dal contenuto dei singoli accordi.

La struttura delle disposizioni sul riconoscimento reciproco e sul diritto di stabilimento delle società si articola generalmente in tre parti aventi ad oggetto, rispettivamente: *a)* l'ambito di applicazione soggettivo della norma, ossia l'indicazione degli enti presi in considerazione; *b)* i criteri di collegamento degli enti presi in considerazione con gli Stati contraenti; *c)* i diritti riconosciuti agli enti e il contenuto del trattamento di favore.

Il primo punto non sembra destare particolari problemi. La determinazione dell'ambito di applicazione soggettivo, infatti, è spesso assai ampia. Si va da formulazioni sostanzialmente onnicomprensive dei fenomeni associativi per l'esercizio di attività di impresa quale, per esempio, quella contenuta nell'art. 2 del Trattato di amicizia, commercio e navigazione fra Italia e Stati Uniti che estende il proprio ambito applicazione alle «persone giuridiche, le società commerciali e civili e gli enti ed

associazioni, a responsabilità limitata od illimitata ed a scopo di lucro o meno, che siano stati o possano essere creati od organizzati in avvenire a norma delle leggi o dei regolamenti vigenti», a formulazioni ampie quali quelle contenute negli accordi stipulati dall'Italia con la Svizzera⁵⁹⁹, con il Libano⁶⁰⁰ o con la Thailandia⁶⁰¹, a formulazioni generiche come quella contenuta nell'art. 6 del Trattato di amicizia fra Italia e Panama che fa genericamente riferimento ai «cittadini» e alle «società» degli Stati contraenti⁶⁰², a formulazione più limitate come quelle rinvenibili negli Accordi conclusi con l'ex Unione Sovietica⁶⁰³.

Deve, comunque, rilevarsi che anche quando le clausole sul riconoscimento delle società limitano il loro campo di applicazione a certi tipi di società soltanto, non si tratta di una esclusione vera e propria potendo gli enti non presi in considerazione (per esempio, enti non personificati) spesso godere dei medesimi diritti attraverso l'invocazione dei privilegi che tali trattati riconoscono alle persone fisiche. Infatti, gli stessi diritti riconosciuti alle società sono in genere assicurati anche alle persone fisiche.

Sotto il secondo profilo, gli accordi bilaterali individuano i collegamenti che gli enti collettivi considerati devono presentare con gli Stati contraenti al fine di godere dei privilegi assicurati dagli accordi stessi.

I criteri nettamente prevalenti sono, sulla scorta di quella che era ed è tutt'ora la prassi dominante, quello della costituzione secondo la legge di

⁵⁹⁹ L'art. 22 del Trattato di commercio con la Svizzera trova applicazione alle «società anonime, cooperative, o altre società commerciali, industriali, agricole o finanziarie (compresi gli istituti pubblici o privati di assicurazione)».

⁶⁰⁰ Il Trattato di amicizia, commercio e navigazione fra Italia e Libano fa riferimento alle «società civili, commerciali, industriali, bancarie di assicurazione, di trasporto, così come gli enti pubblici d'assicurazione e tutti gli altri enti e società a carattere economico».

⁶⁰¹ L'art. 5 del Trattato di amicizia estende il suo campo di applicazione alle «società a responsabilità limitata e qualsiasi altra società ed associazione».

⁶⁰² V. l'art. 6 del Trattato.

⁶⁰³ L'art. 19 limita il suo ambito di applicazione alle «persone giuridiche» e alle «società commerciali».

uno degli Stati contraenti e quello della sede sociale. Questi criteri vengono richiesti alcune volte in concorrenza tra loro e altre volte singolarmente.

Richiedono la concorrenza dei due criteri sopra richiamati, per esempio, l'art. 10 del Trattato con il Libano che si applica agli enti «costituiti conformemente alle leggi di una delle Parti ed ivi aventi la loro sede sociale» e il Trattato italo-iraniano⁶⁰⁴. Sembrano, invece, accontentarsi della costituzione secondo la legge di uno Stato contraente, per esempio, il Trattato di amicizia con gli Stati Uniti che richiede che le società siano «create od organizzate a norma delle leggi e dei regolamenti vigenti nei territori di ciascuna» Parte contraente (art. II), il Trattato di commercio con la Svizzera che parla, invece, di società «costituite e autorizzate secondo le leggi di uno dei due Paesi Contraenti» (art. 22), il Trattato di amicizia con la Thailandia applicabile alle società «costituite in conformità alle leggi di una delle parti Contraenti» (art. 5) e il Trattato con l'Unione Sovietica che richiede la costituzione «sul territorio di una delle parti Contraenti in conformità alle leggi vigenti nel territorio della medesima» (art. 19). In altri casi, infine, si parla semplicemente e senza ulteriore specificazione di «appartenenza» delle società a ciascuno degli Stati contraenti. Si veda, per esempio, il Trattato di amicizia con Panama che estende il suo campo di applicazione genericamente ai «cittadini e alle società di ciascuna Parte contraente» (art. 6).

Può osservarsi che mentre gli ultimi casi richiamati sembrano dover valere come rinvio ai criteri di collegamento degli Stati interessati, che resteranno quindi liberi di determinare quali siano le società appartenenti al proprio ordinamento, nei primi due casi esaminati l'indicazione della

⁶⁰⁴ V., MENEGAZZI-MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, Collana di studi giuridici della facoltà di economia e commercio dell'Università di Padova, 1978, p. 33.

«costituzione» e della «localizzazione della sede sociale» negli Stati contraenti sembrano dover valere ad individuare un criterio di collegamento autonomo ai fini dell'applicazione della disciplina dell'accordo⁶⁰⁵. Ciò chiaramente non toglie che sarà in base alle leggi dei singoli Stati contraenti che dovrà da un lato stabilirsi se una società sia stata o meno regolarmente costituita e sia o meno esistente e dall'altro determinarsi la legge regolatrice della società. Sotto questo profilo le clausole dei trattati bilaterali operano in maniera molto simile all'art. 48 TCE.

Questa affermazione consente adesso di prendere in considerazione il terzo ed ultimo profilo, relativo ai diritti riconosciuti agli enti individuati dagli accordi bilaterali, e di provare a rispondere alla domanda se essi possano avere come effetto la disapplicazione della clausola di «nazionalizzazione» prevista dall'art. 25, primo comma, ultimo periodo, della legge sul diritto internazionale privato italiano, e dunque, in ultima istanza, l'applicazione della *lex incorporationis*.

Al riguardo sembra doversi anticipare che, poiché il contenuto dei diritti riconosciuti dai singoli accordi è assai vario, la risposta, anche in questo caso, non può essere univoca ma deve piuttosto dipendere dal contenuto concreto degli accordi.

Alcuni accordi si limitano a prevedere il mutuo riconoscimento delle società costituite in uno Stato contraente. E questo il caso, per esempio,

⁶⁰⁵ V., comunque, VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. II, Torino, 1973, pp. 107-108, il quale osserva giustamente che «i criteri di connessione all'ordinamento degli Stati contraenti nelle ... clausole convenzionali, per quanto simili, o, comunque, comparabili ai criteri in base ai quali viene determinata la legge nazionale nel nostro sistema di d. i. pr., adempiono ad una funzione in parte diversa. Essi, infatti, indicano la legge regolatrice dello stato e della capacità giuridica, nonché della capacità di agire, delle persone giuridiche cui si riferiscono in modo parzialmente diverso dai criteri (sia pur analoghi) previsti dalle preleggi e dal cod. civ. Infatti le clausole convenzionali in esame usano determinare esse stesse il modo e la misura in cui gli enti da esse contemplati godono dell'uno e dell'altro tipo di capacità. Col risultato di allargare o, eventualmente, di restringere la capacità di cui questi godrebbero in base alla legislazione dello Stato cui appartengono».

dell'accordo con l'Unione Sovietica che stabilisce che le società commerciali e le persone giuridiche «saranno riconosciute come tali sul territorio dell'altra parte» e «avranno diritto di rivolgersi ai tribunali dell'altra Parte, tanto per proporre delle domande quanto per difendersi» (art. 19), o del Trattato di amicizia con la Thailandia che autorizza gli enti costituiti in conformità alle leggi di uno degli Stati contraenti «ad esercitare i loro diritti e a presentarsi in giudizio in qualità di attori o di convenuti, a sottoporsi alle Corti o come attori o come convenuti, nel quadro delle leggi» dell'altra Parte. Questi accordi si limitano dunque ad affermare un principio, che almeno con riferimento all'ordinamento italiano, deriva già dal diritto internazionale privato generale, ragion per cui essi non sembrano apportare alcuna deroga alla disciplina internazionalprivatistica⁶⁰⁶.

Altri accordi presentano una formulazione più ampia che garantisce la libertà di stabilimento, il «trattamento nazionale» (ossia l'assimilazione del trattamento degli enti stranieri a quello dei corrispondenti enti nazionali dimodochè al primo siano riconosciuti gli stessi diritti attribuiti al secondo)⁶⁰⁷, la «clausola della nazione più favorita» o privilegi simili. Questi privilegi vengono concessi talora congiuntamente e talora singolarmente. Nell'ambito di questi accordi è possibile distinguere due ulteriori sottocategorie a seconda che essi prevedano o meno dei limiti espliciti ai privilegi riconosciuti. Fra gli accordi del primo tipo si può richiamare, per

⁶⁰⁶ In senso sostanzialmente analogo v. BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. B. Portale, Utet, Torino, 1994, p. 93, secondo cui queste disposizioni non presentano nessun carattere innovativo «dal momento che in questo modo non si fa altro che sancire un effetto il quale discenderebbe comunque dall'art. 16, secondo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile».

⁶⁰⁷ Il principio del trattamento nazionale costituisce uno dei principali strumenti di non discriminazione utilizzati negli accordi commerciali internazionali. Esso trova le sue radici storiche nel diritto del commercio internazionale, e in particolare nell'antico diritto ebraico, negli accordi commerciali fra le città-stato italiane dell'undicesimo secolo e nei trattati commerciali stipulati dall'Inghilterra con le altre potenze europee. V. SMITH, *International Economic Policies: A Survey of the Economics of Diplomacy*, 1925, pp. 24 ss.

esempio, il Trattato di amicizia con Panama, il quale dopo aver stabilito all'art. 7 che «ciascuna Parte contraente accorda ... alle società dell'altra Parte, al loro patrimonio, alle loro imprese e a tutti gli altri loro interessi un trattamento giusto ed equo in qualsiasi momento», nel successivo art. 8, quinto comma, fa salva la possibilità: a) di chiedere che in materia di capitale sociale e di contabilità le società adempiano alle esigenze corrispondenti a quelle richieste per le società nazionali della stessa forma giuridica; e b) di sottoporre le società, la cui forma giuridica differisce dalle forme di società ammesse dalle leggi nazionali, al trattamento previsto da queste ultime per quanto riguarda gli obblighi relativi alla iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese, la responsabilità degli amministratori e la pubblicità dei bilanci. Sempre nell'ambito di questa categoria si può ricordare il Trattato di commercio con la Svizzera il quale, dopo aver riconosciuto alle società costituite in uno Stato contraente il «trattamento della nazione più favorita» nonché il diritto di stabilimento sul territorio dell'altro Stato contraente, stabilisce come limite di carattere generale alle facoltà concesse l'obbligo di «conformarsi» alle leggi dello Stato di stabilimento. Contenuto simile ha poi ancora il Trattato di amicizia con il Libano in base al quale il diritto di stabilimento delle società costituite conformemente alle leggi degli Stati contraenti nell'altro Stato contraente è riconosciuto «secondo le modalità, le limitazioni e le condizioni stabilite dalle leggi in vigore applicabili a società ed enti di qualsiasi altro Paese, a condizione che ottengano la necessaria autorizzazione, qualora tale autorizzazione sia prevista dalle leggi medesime». In tutti questi casi sembra essere implicita l'applicazione del principio della *lex incorporationis* fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla clausola di riconoscimento. Questo tipo di

accordi non sembrano quindi limitare la facoltà degli Stati contraenti di regolare la materia delle norme di conflitto in materia di società.

Infine, devono prendersi in considerazione gli accordi del secondo tipo i quali, oltre a presentare un contenuto più ampio e particolareggiato dei diritti riconosciuti alle società costituite in uno Stato contraente e a riconoscere l'applicazione della *lex incorporationis*, sembrano limitare la possibilità per gli Stati contraenti di applicare alle società costituite nell'altro Stato contraente norme di conflitto che abbiano per effetto l'applicazione di una disciplina più rigida. E questo il caso per esempio del Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti il cui art. II, paragrafo 2, stabilisce che «le persone giuridiche ed associazioni create od organizzate a norma delle leggi e dei regolamenti vigenti nei territori di ciascuna Alta Parte Contraente, saranno considerate persone giuridiche ed associazioni della detta Alta Parte Contraente ed il loro stato giuridico sarà riconosciuto entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente sia che vi abbiano, o meno, sedi, filiali, od agenzie permanenti». Per riconoscimento del loro stato giuridico sembra doversi intendere il riconoscimento della società in base alla propria legge di costituzione, con l'esclusione delle disposizioni sulle società pseudo-straniere. Ciò significherebbe da un lato che l'Italia non potrebbe imporre l'applicazione dell'art. 25, primo comma, ultima frase, alle società costituite secondo la legge di un ordinamento statunitense, e dall'altro che gli ordinamenti statunitensi che prevedono norme contro le società pseudo-straniere (come per esempio, lo Stato di New York o lo Stato della California) non potrebbero applicare le stesse alla società costituite secondo la legge italiana. Inoltre, la disposizione in esame sembra escludere, almeno nella sua formulazione letterale, finanche l'obbligo per le società statunitensi

che si stabiliscono in Italia o per quelle italiane che si stabiliscano negli Stati Uniti l'obbligo di aprire una sede secondaria nello Stato di stabilimento.

Al riguardo può essere interessante ricordare l'esistenza di precedenti in cui alcuni Stati americani hanno applicato in modo assai deciso la *incorporation doctrine* anche a favore di società straniere. Si può ricordare in particolare il caso *McDermott Inc. c. Lewis* del 1987, relativo all'azione giudiziaria instaurata da una società del Delaware contro la propria controllante panamense nella quale i soci della controllata invocavano l'applicazione della disposizione del Delaware, contraddetta dalla legislazione societaria di Panama, che proibisce ai soci della controllata di esercitare il diritto di voto per le azioni della controllante che essi detengono a favore della controllante stessa in occasione di una determinata operazione. Ebbene, la Corte Suprema del Delaware respinse l'azione rilevando che gli *internal affairs* di una società panamense restano in ogni caso regolati dalla *lex incorporationis* finanche nel caso il diritto panamense preveda un tutela inferiore di quella garantita dal diritto interno.

Resta comunque il fatto, come ricordato in precedenza, che essendo negli Stati Uniti il diritto internazionale privato una materia non di competenza federale ma attribuita ai singoli Stati potrebbe essere dubbio il potere del Governo federale di imporre una norma di conflitto ai singoli Stati per mezzo della stipulazione di un Trattato.

Sempre in questa categoria sembra potersi inserire l'accordo con l'Iran il quale prevede da un lato che le società e gli enti costituiti sul territorio di uno degli Stati contraenti ed ivi aventi la sede sociale (dunque, deve ritenersi, non necessariamente anche la sede effettiva) devono essere riconosciuti dall'altra Parte «di pieno diritto» e dall'altro che «la legalità della costituzione di tali società ed enti e delle loro succursali e agenzie, così

come la loro capacità di stare in giudizio devono essere determinate dal loro statuto e dalla legge del Paese in cui tali società, enti, succursali e agenzie sono state costituite» (art. 8).

Deve, comunque, rilevarsi che tutti gli accordi presi in esame, al pari di qualsiasi normativa convenzionale, resteranno pur sempre soggetti al limite dell'ordine pubblico internazionale, che potrà fungere da strumento per giustificare il non riconoscimento di un determinato ente straniero o l'applicazione di una determinata disposizione di diritto interno ad una società. Il limite dell'ordine pubblico dovrà però essere utilizzato con estrema cautela e nel rispetto della natura eccezionale dell'istituto che varrà tra l'altro ad escluderne l'applicazione analogica.

BIBLIOGRAFIA

- ANDENAS, *Free Movement of Companies*, in *Law Quarterly Review*, 2003, pp. 221 ss.
- AL NAHHARI-PERON, *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali: uno sguardo di insieme*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. 2 ss.
- ALBAMONTE, *L'Anstalt del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1977, pp. 869 ss.
- ALPA, *Dissensi giudiziari milanesi sull'Anstalt*, in *Foro pad.*, 1981, pp. 133 ss.
- AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 689 ss.
- ANGELICI, *Enti stranieri*, in *Riv. not.*, 1989, pp. 1 ss.
- ID., *Società costituite o operanti all'estero (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1989, p. 1.
- ANZILOTTI, *Il mutamento di nazionalità delle società commerciali*, in *Riv. dir. int.*, 1912, pp. 109 ss.
- ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951.
- ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, terza ed., Roma, 1936.
- ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella. Bologna, Il Mulino, 2003.
- BABAYEV, *Legal Autonomy vs. Political Power: What is the Role of the European Court of Justice in the European Integration?*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com.
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1950.

- BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, 2007, vol. I, pp. 149 ss.
- ID., *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement: remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. dip*, 2003, pp. 373 ss.
- ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 679 ss.
- ID., *From Centros to Überseering. EC Right of Establishment and the Conflict of Laws*, in *Yearbook Private International Law*, 2002, pp. 203 ss.
- ID., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2002.
- ID., *Diritto internazionale privato*, terza ed., Padova, 1999.
- ID., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1994.
- BARILE, *Considerazioni sul concorso fra cittadinanza italiana e una o più cittadinanze straniere in tema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, pp. 393 ss.
- BARONE, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Riv. not.*, 2003, pp. 90 ss.
- BASILE-FALZEA, voce *Persona giuridica (diritto privato)* in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 264 ss.
- BAUDENBACHER-BUSCHLE, *Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach Überseering*, in *24 IPRax*, 2004, p. 26.
- BAUDISCH, *E Pluribus Unum?*, working paper, 2002, reperibile su ssrn.com.
- BEBCHUCK, *Federalism and the Corporation: the Desirable Limits on State Competition in Corporate Law* in *Harvard Law Review*, 1992, pp. 1443 ss.

- BEBCHUCK-COHEN, *Firms' Decisions where to Incorporate*, working paper, 2002, reperibile su ssrn.com.
- BEBCHUCK-COHEN-FERRELL, *Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law*, in 90 *California Law Review*, 2002, pp. 1175 ss.
- BECHT-MAYER-WAGNER, *Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- BEHRENS, *The Establishment of Companies after the Centros Case. Implications for Central European Countries*, in *Europe Tomorrow*, 2002, pp. 387 ss.;
- ID., *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, Berlin, 1997, Rn. 6.
- ID., *Die Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *IPRax*, 1989, pp. 354 ss.
- BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, 2007, vol. IV, pp. 366 ss.
- ID., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario a cura di Paolo Picone*, Padova, Cedam, 2005, 205 ss.
- ID., *Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law Matters Within the EU «Market for Corporate Models»: Brussels I and Rome I after Centros*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 55 ss.
- ID., «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 699 ss.
- ID., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, pp. 576 ss.
- ID., *Corporate Governance, mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, pp. 713 ss.
- ID., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, pp. 43 ss.

- ID., *Le direttive comunitarie sulla pubblicità delle «succursali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, pp. 845 ss.
- ID., *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza (riflessioni in margine al disegno di legge n. 3755 ed al regolamento comunitario sulle concentrazioni)*, in *Foro it.*, 1990, pp. 235 ss.
- BERLIN, *Jurisprudence fiscale européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, pp. 114 ss.
- BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del d. lgs. n. 6 del 2003*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 342 ss.
- BERNARDEU, *Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés*, in *Gaz. Pal., Doc.*, 2003, pp. 2102 ss.
- BIANCHI, *Corso di diritto civile. Delle persone*, 1886, n. 4.
- BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine «società»*, in *Riv. soc.*, 1980, pp. 121 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA, *Sul riconoscimento della personalità giuridica in Italia ad un'Anstalt titolare di un brevetto per invenzione industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, pp. 481 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA-GURRADO, *La Società europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata*, in *Giur. comm.*, 2004, pp. 1 ss.
- BOCCHINI, *Il Registro europeo delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1999, pp. 391 ss.
- BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 705 ss.
- BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, pp. 30 ss.
- BUCHÉRE, *Des actions judiciaires exercées en France par les sociétés anonymes étrangères*, in *Journal de droit international privé*, 1882, pp. 37 ss.

- BUXBAUM, *The Origins of the American "Internal Affairs" Rule in the Corporate Conflict of Laws*, in Hans-Joachim Musielak & Klaus Schurig (eds.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, 1987, pp. 75 ss.
- CAGNASSO, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Walter Bigiavi, Torino, 1965.
- CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, pp. 45 ss.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, Utet, Torino, 2006.
- CANSACCHI, *Le choix et l'adoption de la règle étrangère dans le conflits de lois*, in *Recueil des Cours*, 1953.
- CAPELLI, *La nuova legge applicabile alle società costituite all'estero*, in *Soc.*, 1995, pp. 1154 ss.
- ID., *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1990, pp. 43 ss.
- CAPOTORTI, *Il principio del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità Economica Europea*, in *Riv. Soc.*, 1966, pp. 969 ss.
- ID., *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953.
- ID., *Sulla continuità delle società «di persone» che trasferiscono le sedi in altro Stato*, nota a Trib. Milano 10 giugno 1949, in *Riv. dir. int.*, 1953, pp. 242 ss.
- CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 89 ss.
- CARUSO, *Le società nella Comunità Economica Europea*, Napoli, 1969.
- CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in *Yale Law Journal*, 1974, pp. 663 ss.
- CASSONI, *La nazionalizzazione delle società e il diritto internazionale privato*, Padova, 1959.
- CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. II, Torino, 1885.

- CATH, *Free Movement of Legal Persons*, in *Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences*, 1993, pp. 450 ss.
- ID., *Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market*, in *Yearbook of European Law*, 1986, pp. 251 ss.
- CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, Padova, 1936.
- CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, pp. 951 ss.
- CERIONI, *A Possible Turning Point in the Development of EC Company Law: The Centros Case*, in *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2000, pp. 165 ss.
- ID., *The Barriers to the International Mobility of Companies within the European Community: A Re-reading of the Case Law*, in *Journal of Business Law Review*, 1989, pp. 59 ss.
- CHEFFINS, *Company Law – Theory, Structure and Operations*, Oxford, 1997.
- CHESHIRE-NORTH, *Private International Law*, tredicesima edizione, Londra, 1999.
- CIAN, *Il registro delle imprese quale strumento di trasparenze e affidabilità dei mercati economici*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 272 ss.
- COLANGELO, *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo« mercato europeo delle regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 257 ss.
- COLLIER, *Conflict of Laws*, seconda edizione, 1994.
- CONARD, *Federal Protection of Free Movement of Corporations*, in *2 Courts and Free Markets*, Eds. Terrance Sandalow, Stein, Oxford, 1982, pp. 365 ss.
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999.
- CONTALDI, *Il diritto comunitario delle società tra evoluzioni giurisprudenziali e la legge di riforma delle società*, in *Dir. Unione Europea*, 2003, pp. 711 ss.;
- ID., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.
- COSCIA, *La teoria della sede effettiva o Siztheorie e la libertà di stabilimento societario*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 703 ss.

- ID., *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, pp. 557 ss.
- COSTI, *Il nome delle società*, Padova, Cedam, 1964.
- COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, Cedam, 1980.
- CRIVELLARO, *Non riconoscimento ed efficacia di atti stranieri non legalizzati*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1976, pp. 355 ss.
- D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 1 ss.
- DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, pp. 288 ss.
- DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, Casucci, 2004.
- DAMMANN, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a model for the European Community*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- DE BOER-KOTTING, *Private International Law*, in *Introduction to Dutch Law* a cura di Chorus, Gerver, Hondius e Koekkoek, The Hauge, London, Boston, 1999.
- DE KLUIVER, *Inspiring a New European Company Law? Observations on the ECJ's Decision in Inspire Art from a Dutch Perspective and the Imminent Competition for Corporate Charters between EC Member States*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, pp. 126 ss.
- DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, pp. 1 ss.
- DE NOVA, *La nazionalità delle società commerciali e le società commerciali irregolari* (nota a Trib. Roma 15 1935), in *Riv. dir. priv.*, 1936, pp. 176 ss.
- DECHER, *Cross Border Mergers Traditional Structures and SE-Merger Structures*, in *European Company and Financial Law Review*, 2007, pp. 5 ss.

- DELLA CHÀ, *Companies, Right of Establishment and the CENTROS Judgment of the European Court of Justice*, in *Dir. Comm. int.*, 2000, pp. 925 ss.
- DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, Paris, 1904.
- DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt e responsabilità illimitata del suo fondatore: un compromesso che non convince*, nota a Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 323 ss.
- DICEY-MORRIS, *On the Conflict of Laws*, v. II, 2000.
- DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, Firenze, 1900.
- DOM, *La liberté d'établissement des succursales: principes et limites*, in *Revue des sociétés*, 2004, pp. 65 ss.
- DONNINI, *Pubblicità delle succursali stabilite in uno Stato membro*, in *Soc.*, 1990, pp. 585 ss.
- DORALT, *Cross-Border Mergers – A Glimpse into the Future*, in *European Company and Financial Law Review*, 2007, pp. 5 ss.
- DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, pp. 565 ss.
- DRURY, *A European Look at the American Experience of the Delaware Syndrome*, in *The Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 1 ss.
- ID., *The Delaware Syndrome from a European Perspective*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 1 ss.
- EASTERBROOK-FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, pp. 221 ss.
- EBENROTH, *Neure Entwicklung im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Jur. Zeit.*, 1998, pp. 18 ss.
- ID., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VII, München, 1990, p. 459 ss.
- EBERT, *La società per azioni europea al "level playing field" dell'Unione Europea*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. ss. 2 ss.

- EBKE, *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*, in *International Lawyer*, 2004, pp. 38 ss.
- ID., *Centros. Some Realities and Some Mysteries*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 623 ss.
- ID., *Das Schicksal der Gründungstheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *JZ*, 1999, pp. 656 ss.
- EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford EC Law Library, 1999.
- EHRENZWEIG, *Conflict in a Nutshell*, second edition, St. Paul (Minnesota), 1970, pp. 138 ss.
- ENRIQUES, *Società costituite all'estero. Commento sub. artt. 2507-2510 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- ID., *EC Company Law Directives and Regulation: How Trivial Are They?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2006, pp. 1 ss.
- ID., *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- ENRIQUES, *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2005, pp. 145 ss.
- ID., *Capitale azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 375 ss.
- ENRIQUES-GATTI, *EC Reforms of Corporate Governance and Capital Markets Regulation: How Do They Affect Outside Investors?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2007, pp. 117 ss.
- ENRIQUES-GATTI, *The Uneasy Case for Top-Down Corporate Law Harmonization in the European Union*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2007, pp. 34 ss.
- ENRIQUES-GELTER, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, working paper, 2006, reperibile su ssrn.com.

- ENRIQUES-MACEY *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules* in, *Cornell Law Review*, 2001, pp. 1165 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004, pp. 369 ss.
- EVENETT, *The Cross-Border Merger and Acquisitions Wave of the late 1990's*, working paper, 2003, reperibile su www.nber.com.
- FARNSWORTH, *The Residence and Domicile of Corporations*, 1939.
- FEDOZZI, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, Venezia, 1897.
- FERRARO, *Società estere e sedi secondarie in Italia*, in *Soc.*, 1986, pp. 85 ss.
- FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*. a cura di Francesco Vassalli, vol. X, Torino, 1987.
- ID., *La fusione di società commerciali*, Roma, 1936.
- FIORE, *Diritto Internazionale Privato*, Vol. IV, Torino, 1903.
- FLUCK-MAYER, *Race to the Top or Bottom? Corporate Governance, Freedom of Reincorporation and Competition in Law*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- FORSTHOFF, *Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nach dem Centros Urteil des EuGH: eine Bilanz*, in *Europarecht*, 2000, pp. 167 ss.
- FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, in *EuZW*, 1999, pp. 267 ss.
- FRIGNANI, *Commento sub art. 1*, in *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1997, pp. 93 ss.
- FROST, *Transfer of Company's Seat. An Unfolding Story in Europe*, in *Victoria University of Wellington Law review*, 2005, pp. 359 ss.
- GAETANO, *Società estere* (voce), in *Il digesto italiano*, vol. XXI, parte III, Torino 1903-1906.

- GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, 2005, Bologna, Il Mulino.
- ID., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, Cedam, 2004.
- ID., *Delle persone giuridiche (disposizioni generali, delle associazioni e delle fondazioni)*, commento sub. artt. 11-35 in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, pp. 16 ss.
- GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Francesco Galgano, Padova, 2006.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, pp. 2 ss.
- GELTER, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 247 ss.
- GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, pp. 71 ss.;
- GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, p. 157.
- GIARDINA, *Le società costituite all'estero*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1990.
- GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Firenze, 1899.
- GIULIANO-LANFRANCHI-TREVES, *Corpo – indice degli accordi bilaterali in vigore tra l'Italia e gli Stati esteri*, Milano, 1968.
- GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione Europea: un nuovo «caso Delaware»?* , in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, pp. 133 ss.
- GRASSMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrecht*, Herne-Berlin, 1970.
- GRECO, *Le Anstalten del Liechtenstein nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1971, pp. 216 ss.

- ID., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 485 ss.
- GROSSFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1998.
- ID., *Internationales und Europaisches Unternehmensrecht*, seconda edizione, 1995.
- GRUNDMANN, *The Structure of European Company Law: From Crisis to Boom*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 601 ss.
- GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. USA*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 145 ss.
- GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 39 ss.
- GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *Dir. comm. int.*, 2006, pp. 353 ss.
- HANSEN, *Merger, Moving and Division Across National Borders. When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives*, in *European Business Law Review*, 2007, pp. 181 ss.
- ID., *A New Look at Centros from a Danish Point of View*, in *European Business Law Review*, 2002, pp. 85 ss.
- ID., *Full Circe: Is there a Differene between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, in *Services and Free Movement in the EU Law*, a cura di Mads Andenas e Wulf-Henning Roth, Oxford University Press, 2001, pp. 197 ss.
- HAYAKAWA, *Japanese Regulations against Foreign Corporations and Global Competition in Corporate Law*, in *An Economic Analysis of Private International Law*, a cura di Jürgen Basedow e Toshiyuky Kono, Mohr Siebeck, 2006.
- HEINE-KERBER, *European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence*, in *European Journal of Law and Economics*, 2002, pp. 47 ss.

- HIRT, *Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd*, in *European Business Law Review*, 2004, pp. 1189 ss.
- HIRTE, *Die Limited mit Sitz in Deutschland. Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und Inspire Art*, in *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, Heymanns Verlag, 2005, pp. 1 ss.
- ID., *L'evoluzione del diritto delle imprese e delle società in Germania negli anni 1998 e 1999*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 595 ss.
- HOLST, *European Company Law after Centros. Is the EU on the Road to Delaware?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 323 ss.
- HOPT, *European Company Law and Corporate Governance: Where Does the Action Plan of the European Commission Lead*, working paper, 2005, reperibile su ssrn.com.
- JAN VOSSESTEIN, *Companies' Freedom of Establishment after SEVIC*, in *European Company Law*, 2006, pp. 178 ss.
- JOHNSTON, *EC Freedom of Establishment, Employee Participation in Corporate Governance and the Limits of Regulatory Competition*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2006, pp. 71 ss.
- JONET, *Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement*, in *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 2003, pp. 33 ss.
- JUAN-MATEU, *The Private Company in Spain – Some Recent Developments*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004.
- KEANE, *Company Law in the Republic of Ireland*, seconda edizione, 1991.
- KEGEL-SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, 2004.
- KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*, in *ZGR*, 1999, pp. 728.
- KIIKERI, *The freedom of establishment in the European Union. Report to the Finnish Ministry of Trade and Industry*, 2002, p. 116, reperibile su

<http://www.helsinki.fi/publaw/opiskelu/Eurooppaoikeus/Sijoittautumistutkimus.englanti.Kiikeri.pdf>.

- KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 78 ss.
- KIRCHNER-PAINTER-KAAL, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 159 ss.
- KLINKE, *European Company Law and the ECJ: The Court's Judgments in the Years 2001 to 2004*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 270 ss.
- KRAAKMAN-DAVIES-HANSMANN-HERTIG-HOPT-KANDA-ROCK, *Diritto societario comparato*, traduzione it., Il Mulino, Bologna, 2006.
- LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884.
- LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, in *65 Yale Law Journal*, 1955, pp. 137 ss.
- LAURENT, *Principes de droit civil t. I*, pp. 405 ss.
- LAURINI, *Il principio di reciprocità e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 75 ss.
- LAUTERFELD, «Centros» and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the «Real Seat» Approach towards Pseudo-Foreign Companies in German International Company and Insolvency Law, in *European Business Law Review*, 2001, pp. 80 ss.
- LEANZA, *Società straniera* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1970.
- LEFEBVRE D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1939.
- LO MONACO, *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana*, in *Il Filangieri*, 1885, parte I.
- LOEWENSTEIN, *Delaware as Demon: Twenty-Five Years after Professor Cary's Polemic*, in *University of Columbia Law Review*, 2000, pp. 123 ss.

- LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata civile*, 2005, pp. 352 ss.
- ID., *Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2003, pp. 301 ss.
- ID., *La libertà comunitaria di stabilimento dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pp. 456 ss.
- LOMBARDO-PASOTTI, *The Societas Europea: a Network Economics Approach*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, pp. 169 ss.
- LOOIJESTIJN-CLEARIE, *Have the Dikes Collapsed? Inspire Art a Further Breakthrough in the Freedom of Establishment of Companies?*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 389 ss.
- LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 1943.
- LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale: la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2005.
- LOUSSOUARN, *La condition des personnes morales en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1959, I.
- LOUSSOUARN-BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969.
- LUBV, *Libre établissement des sociétés et fiscalité directe. Un bilan contrasté*, in *Europe*, 2002, pp. 5 ss.
- LUZZATTO, *Persona giuridica, diritto internazionale privato* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1983, pp. 280 ss.
- ID., *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.*, 1976, pp. 58 ss.
- LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistici*, sez. comm., XIV, Torino, 1997, pp. 147 ss.

- LYON-CAEN, *Conflicts de lois relatives aux sociétés per actions. Rapport de l'institut de droit international*, Bruxelles, 1928, p. 883.
- MANARA, *Trattato delle società e delle associazioni commerciali*, vol. I, Milano-Roma-Napoli, 1905, pagg. 652 ss.
- MARGHIERI, commento sub. artt. 230-232, in *Codice di commercio commentato* coordinato da Leone Bolaffio e Cesare Vivante, Torino 1929.
- MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 649 ss.;
- MARINONI, *Della condizione giuridica delle società commerciali straniere secondo gli artt. 230-232 cod. comm.*, Roma, 1914, pp. 151 ss.
- MAYER, *Droit international privé*, sesta edizione, 1998.
- MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Collana di studi giuridici della facoltà di economia e commercio dell'Università di Padova, 1978.
- MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997.
- MICHELER, *Recognition of Companies Incorporated in other EU Member States*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 521 ss.
- MIOLA, *Lo Statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv., soc.*, 2003, pp. 322 ss.
- MONTI, *La legge regolatrice delle società. Trattamento delle società straniere. Sedi secondarie di società straniere in Italia*, in *Riv. soc.*, 1975, pp. 1268 ss.
- MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 1986.
- MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, seconda edizione, Utet, 2006.
- MUCCIARELLI, *Seat's transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies' Mobility*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com.
- ID., *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy – Case Note on the Decision*

- "B & C" of the Italian Corte di Cassazione*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 512 ss.
- ID., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, pp. 559 ss.
 - ID., *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Giur. comm.*, 2000, pp. 83 ss.
 - MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 127 ss.
 - ID., *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 19 ss.
 - MUNARI-TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, working paper, reperibile su ssrn.com.
 - NAMUR, *De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique*, in *Journal de droit international privé*, 1877.
 - NAVARRINI, commento *sub. artt.* 230 ss. cod. comm., in *Giur. it.*, 1909, pp. 781 ss.
 - NERI, *Lo stabilimento di società commerciali con particolare riferimento alla C.E.E.* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 437.
 - NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. comm.*, 2005, pp. 5 ss.
 - NOWOTNY, *OGH anerkennt Niederlassungsfreiheit für EU-/EWR-Gesellschaften. Die Centros-Entscheidung des EuGH zwingt zur Abkehr von der Sitztheorie*, in *ÖRdW*, 1999, p. 697.
 - NURMELA-ALMANN, TUULAS-VAINOMAA, *Rahvusvaheline eraõigus*, Tallinn, 2003.
 - OPLUSTIL-TEICHMANN (a cura di), *The European Company all over Europe*, Berlin, 2004.
 - OPPO, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. not.*, 1987, pp. 648 ss.

- ID., *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
- PACCHIONI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Padova, 1930.
- PAGANO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- PAPADIMOPOULOS, *Approximation and Integration of Corporate Law in the European Community*, Ellinki Epitheorissi Europakou Dikaïou, 1995, pp. 865 ss).
- PAZDAN, *Prawo prywatne międzynarodowym*, Varsavia, 1996.
- PELIKÀNOVÀ, I, *Evropskà akciovà společnost a její význam pro české právo*, in *XIII Karlovarské právnické dny*, Linde Praha, 2003, pp. 180 ss.
- PERINI, *Legalizzazione degli atti stranieri e apostille*, in *Vita not.*, 2004, pp. 1849 ss.
- PERRONE. *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 1292 ss.
- PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, pp. 155 ss.
- PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 344 ss.
- PICCOLI-ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 174 ss.
- PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, pp. 50 ss.
- PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, Cedam, 1990.
- PISCHETOLA, *il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, pp. 586 ss.
- POCCHI, *Le fusioni societarie transfrontaliere nel mercato comune*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, pp. 6 ss.

- PORTALE, *La riforma delle società di capitale tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 101 ss.
- ID., «Armonizzazione» e «concorrenza» tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 95 ss.
- PORTALE-TOMBARI, *OPA transnazionale e decentramento delle strutture di governance*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, pp. 308 ss.
- POULLET, *La condition des personnes morales étrangères d'après la jurisprudence belge*, in *Clunet* 1904, pp. 820 ss.
- PRETO-DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, pp. 234 ss.
- QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1967.
- RAMMELLOO, *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, pp. 169 ss.
- ID., *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, 2001.
- RAMONDELLI, *Società straniera: requisiti di validità e riconoscimento*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1990.
- REINDL, *Companies in the European Community: Are the Conflict of Law Rules ready for 1992?* in *Michigan Journal of International Law*, 1990, pp. 1270 ss.
- RESCIGNO, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: I finanziamenti dei soci, la responsabilita'*, in *Societa'*, 2005, pp. 14 ss.
- RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CEE in materia di fusione transfrontaliera*, 2007, reperibile su www.notariato.it.
- ID., *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 965 ss.

- RIBSTEIN, *Big surprise: Delaware applies the internal affairs rule*, 2005, reperibile su http://busmovie.typepad.com/ideoblog/2005/05/big_surprise_de.html
- RIGHINI, *Strumenti giuridici e fiscali per l'internalizzazione*, Milano, 2006.
- RINGE, *No Freedom of Emigration for Companies*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 16 ss.
- RIOLFO, *I contratti parasociali*, Padova, 2003.
- ROBERTI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1967.
- ROMANO, *The State Competition Debite in Corporate Law*, in *Cardozo Law Review*, 1987, pp. 709 ss.
- ROSE, *EU Company Law Convergence Possibilities after Centros*, in *Translational Law & Contemporary Problems*, 2005, pp. 122 ss.
- ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, pp. 78 ss.
- ROTH, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 177 ss.
- ID., *Case Note on Centros*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147 ss.
- SANCHEZ LORENZO, *El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ambito comunitario*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 115 ss.
- SANCHO VILLA, *La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia «Centros»*, in *Revista electrònica de estudios internacionales*, 2001, pp. 1 ss.
- SANDROCK, *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in *Betriebs-Berater*, BB, 1999, pp. 1327 ss.
- ID., *Die Multinationalen Korporationen in Internationalen Privatrecht*, in *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 18, 1978, pp. 169 ss.

- SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società e di altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, pp. 1094 ss.
- ID., *Commento sub. art. 25*, in *Commentario della legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, pp. 1039 ss.
- ID., *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995.
- ID., *Società, diritto internazionale privato e processuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, pp. 884 ss.
- ID., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970.
- SANTAGATA, *Fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, vol. VII, Utet, Torino, 2004.
- ID., *La fusione fra società*, Napoli, 1964.
- SCHALL, *The UK Limited Company Abroad. How Foreign Creditors Are Protected after Inspire Art (Including a Comparison of UK and German Creditor Protection Rules)*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 1534 ss.
- SCHINDLER, *Cross-Border Mergers in Europe – Company Law in Catching Up!. Commentary on the ECJ's Decision in SEVIC System AG*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, pp. 109 ss.
- SCHÖN, *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, in *European Company and Financial Review*, 2006, pp. 124 ss.
- SCIPIONE, *La nuova disciplina delle operazioni straordinarie*, Torino, 2006.
- SEIN, *Law Applicable to Persons Pursuant to Draft Private International Law Act*, 2001, reperibile su http://www.juridica.ee/print_article_et.php?document=en/international/2001/1/24230.ART.6.pub.php.
- SESTER-CÀRDENAS, *The Extra-Communitarian Effects of Centros, Überseering and Inspire Art with Regard to Fourth Generation Association Agreements*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, pp. 398 ss.

- SIEMS, *The European Directive on Cross-border Mergers: An International Model?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, pp. 167 ss.
- ID., *Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law in the 21st Century*, in *European Law Review*, 2002, pp. 47 ss.;
- SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli – Foro Italiano, 1976.
- SKOG, *Kan aktiebolag emigrera?* Balans no 7-8/1997, pp. 20 ss.
- SMITH, *International Economic Policies: A Survey of the Economics of Diplomacy*, 1925.
- SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?* in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 423 ss.
- SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1965, pp. 393 ss.
- SPINDLER, *El derecho europeo de sociedades después de Inspire Art y golden shares*, in *Revista de sociedades*, 2004, pp. 65 ss.
- STEVENS, *Internal Affairs Doctrine: California versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com.
- STORM, *Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation*, in *European Company Law*, 2006, pp. 130 ss.
- ID., *Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law in the 21st Century*, in *European Law Review*, 2002, pp. 47 ss.;
- TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Francesco Galgano, vol. VIII, Padova, Cedam, 1990.
- TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 476.

- *The European Company all over Europe*, a cura di Krzysztof Oplustil e Christoph Teichmann, Berlin, 2004.
- TIMMERMAN, *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach niederländischem Recht und die 14. EU-Richtlinie*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1999.
- TIMMERMAN, *Company Law as Ius Commune?*, 2002, reperibile su www.law.kuleuven.ac.be/ccle.
- TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000.
- TREVES, *Il caso Zeiss* in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, p. 484.
- TRIDIMAS, *The Case-law of the European Court of Justice on Corporate Entities*, in *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 355 ss.
- TRÖGER, *Choice of Jurisdiction in European Corporate Law. Perspective of European Corporate Governance*, in *European Business Organization Law Review*, 2005, pp. 3 ss.
- TUNG, *Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine*, in *Iowa Journal of Corporate Law*, 2006, pp. 33 ss.
- UBERTAZZI, *Commento sub art. 1*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, pp. 2303 ss.
- VAN VOSSEESTEN, *Companies' Freedom of Establishment after SEVIC*, in *European Company Law*, 2006, pp. 3 ss.
- VAQUERO LÓPEZ, *Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art Ltd.*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2004, pp. 283 ss.
- VASSEROT, *El derecho de sociedades comunitario en el umbral de la constitución europea*, in *Revista valenciana de economía y hacienda*, 2003, pp. 185 ss.
- VENTORUZZO, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law*, working paper, 2007, reperibile su ssrn.com.
- VIDARI, *Le società e le associazioni commerciali*, Milano, Hoepli, 1889.
- VIGNAL, *Droit international privé*, Paris, 2005.

- VISMARA, *Prime applicazioni giurisprudenziali delle norme attuative dell'undicesima direttiva comunitaria in tema di società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 89 ss.
- VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1973.
- VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Milano, 1929, pp. 519 ss.
- ID., *Le società estere*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, pp. 127 ss.
- VOSSIUS, *The Innoventif Case of the ECJ 1.6.2006, C-543/04*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, pp. 476 ss.
- WACHTER, *Frankreich: Die «Ein-Euro-GmbH» ab 2004*, in *GmbHHR*, 2003, pp. 377 ss.
- WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Soc.*, 2003, pp. 270 ss.
- WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, Parigi, 1886.
- WERLAUFF, *The Main Seat Criterion in a new Disguise. An Acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion*, in *European Business Law Review*, 2001, pp. 2 ss.
- ID., *EC Company Law. Common Business Law of 28 States, second edition*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003.
- WINTER, *The Race to the Top Revisited*, in *89 Columbia Law Review*, 1989, pp. 1526 ss.
- ID., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 *J. Legal Studies*, 1977, pp. 251 ss.
- WOOLDRIDGE, *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *European Business Law Review*, 2003, pp. 227 ss.
- WOUTERS, *European Company Law: Quo Vadis?*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 257 ss.
- WYATT & DASHWOOD'S, *European Union Law*, fifth edition, London, 2006, pp. 749 ss.

- WYMEERSCH, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, working paper, 2006, reperibile su ssrn.com.
- ID., *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, working paper, 2003, reperibile su ssrn.com.
- ID., *Die Sitzverlegung nach belgischem Recht*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1999, pp. 136 ss.
- ZANELLI, *Nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962.
- ZIMMER, *Mysterium Centros. Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 23 ss.
- ID., *Private International Law of Business Organisations*, in *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 585 ss.
- ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2004.